Die

Konkursordnung

für

das Deutsche Reich

nebst dem Einführungsgesetz

und

dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens.

Erläutert

von

Dr. Otto Frhrn. v. Völderndorff,

Kgl. Ministerialrath.

Separatabdruck aus der „Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen“.

Dritter Band.

~~Erstes Heft.~~

Zweite, vermehrte und vielfach umgearbeitete Auflage.

Erlangen.
Verlag von Palm & Enke (Carl Enke).
1884.

Der **Schluß** des **zweiten Bandes** befindet sich unter der Presse und wird baldmöglichst zur Ausgabe gelangen. — Der **Schluß** obigen **dritten Bandes,** welcher im kommenden Jahre erscheinen soll, wird die **Erläuterung** des Gesetzes, betr. die **Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens und ein umfassendes Register** über alle drei Bände enthalten.

Die

Konkursordnung

für

das Deutsche Reich

nebst dem Einführungsgesetz

und

dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens.

Erläutert

von

Dr. Otto Frhrn. v. Völderndorff,

Kgl. Ministerialrath.

Separatabdruck aus der „Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen".

Dritter Band.

Zweite, vermehrte und vielfach umgearbeitete Auflage.

Erlangen.

Verlag von Palm & Enke (Carl Enke).

1885.

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Uebersicht des Inhalts
der
dritten Abtheilung.

Drittes Buch. Strafbestimmungen.

Einführungsgesetz zur Konkursordnung.

Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879.

Konkursordnung.

Vom 10. Februar 1877.

Strafbestimmungen.

Drittes Buch.

Strafbestimmungen.

Einleitung.

§. 1.

Das Strafgesetzbuch enthält in Buch II Titel 24 §§. 281, 282 und 283 die Definition des „Bankeruttes" und die Strafbestimmungen wider denselben. Das Gesetz geht [1]) davon aus, daß nur der Kaufmann Bankerutt machen könne; während die vom Nichtkaufmann gegen seine Gläubiger geübte Gefährde zum Konkursrechte gehöre und in diesem mit Strafe bedroht werden müsse. Deshalb war im Einführungsgesetze zum RStGB. §. 2 Abs. 3 verfügt: „Bis zum Erlasse eines Bundesgesetzes über den Konkurs bleiben diejenigen Strafvorschriften in Kraft, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind, insoweit dieselben sich auf Handlungen beziehen, über welche das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund Nichts bestimmt." Daß dieser Vorbehalt mit seiner unbestimmten Gränze zu Kontroversen Anlaß geben mußte, war zu erwarten [2]); und es ist deshalb sehr erwünscht, daß die Reichsgesetzgebung die Lücke nunmehr ausgefüllt

1) Im Anschlusse an das Pr. StGB.; vgl. die Motive hiezu S. 136.

2) Die Kontroverse begab sich deutscher Sitte gemäß sofort auf das allgemeine Gebiet; man behandelte mit viel Scharfsinn und einem einer besseren Sache würdigen Eifer „das Verhältniß des Reichsstrafrechtes zu dem Landesstrafrechte" und die Partikulargesetzgebung benützte den Anlaß, nochmals vor Sonnenuntergang ihre volle Weisheit leuchten zu lassen; Sachsen, Mecklenburg, Meiningen und Braunschweig, Bremen und Hamburg traten mit Gesetzen und Verordnungen auf, denen keine „fröliche Urständ" verliehen sein möge.

hat. Leider nicht in der Weise, daß die betreffenden Paragraphen des RStGB. in eine modifizirte entsprechende Fassung gebracht wurden, sondern durch Anfügung eines dritten Buches [3]) an die Konkursordnung, welches im Grunde genommen mit dem Konkursrechte Nichts zu thun hat [4]). Indessen ist nun einmal die Sache so geordnet und im Grunde ist es einerlei, welche formelle Anordnung die Gesetzgebung trifft, wenn sie nur dem Bedürfnisse entspricht [5]).

§. 2.

Die Quelle aller späteren Legislationen und auch des dritten Buches der KO. bleibt das unsterbliche Werk Feuerbach's, unser Bayerisches Strafgesetzbuch von 1813. In diesem handelt das zweite Buch Kapitel 5 von der „Beeinträchtigung fremder Rechte durch Betrug", deren Unterarten „betrügliches Schuldenmachen" und „betrüglicher Banquerutt" in Art. 273—275 und Art. 276—279 definirt und pönalisirt werden.

In diesen Artikeln finden sich denn auch schon die drei charakteristischen Momente, welche den Bestimmungen im dritten Buche zu Grunde liegen (und von denen eines dem RStGB. fremd war), nemlich daß jeder, der seine Schulden nicht zahlt, weil er sie nicht zahlen kann [6]), ein Bankeruttirer ist, daß es einen leichtsinnigen und einen betrügerischen Bankerutt gibt und endlich daß, um diesen Thatbestand zu begründen, vollkommen genügt, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist, eine formelle Konkurseröffnung aber nicht die Voraussetzung der Strafbarkeit des Bankeruttirers bildet.

Zur Begründung dieser drei Prinzipien wüßte ich nichts Besseres anzuführen, als was eine der Zierden unseres bayerischen Juristenstandes, Gönner, in den Anmerkungen zum Strafgesetzbuche [7]) gesagt hat; es heißt

---

3) Schon der Umstand hätte hievon abhalten sollen, daß sechs Artikel als „drittes Buch" sich etwas eigenthümlich ausnehmen, während das zweite Buch deren 171 zählt.

4) Dr. Goldschmidt machte (K. Prt. S 125) mit Recht aufmerksam, daß die Paragraphen des dritten Buches die Konkurseröffnung gar nicht zur Voraussetzung haben.

5) Darin hatte allerdings Reg.-Rath Hagens (K. Prt. a. a. O.) vollkommen recht; neben den Paragraphen des RStGB. noch Strafbestimmungen zu schaffen, wäre nicht angegangen.

6) Wer nicht zahlt, weil er nicht zahlen will, ist ein böswilliger Schuldner, ein Chikaneur, aber ein Bankerutt liegt nicht vor.

7) Bd. II S. 276 und 277.

hier: „Der Kredit im Staate ist zur Belebung des Verkehrs und Handels unentbehrlich und ein Betrug, welcher hiegegen begangen wird, ist desto sträflicher, je tiefer die Frequenz betrügerischer oder muthwilliger Bankerutte in den bürgerlichen Verband und in den Wohlstand mehrerer Familien eingreift. . . . Vorerst werden muthwillige und fahrlässige Schuldenmacher von den betrügerischen unterschieden. . . . . In beiden Fällen aber hat der Ausdruck Konkurs eine ganz eigenthümliche Bedeutung für die Sphäre des Strafrechts. Er ist nicht bedingt durch eine gerichtliche Behandlung des Debitwesens und durch eine Konkurrenz mehrerer Gläubiger, vielmehr ist darunter sowohl die gerichtlich erkannte als die außergerichtlich erklärte [8]) Unzulänglichkeit des Vermögens . . . . . . begriffen und die Strafbestimmungen können zur Anwendung gebracht werden, wenn auch nur ein einziger Gläubiger vorhanden ist, dessen Forderung das Vermögen des Schuldners übersteigt“. . . . .

§. 3.

Von diesen Grundsätzen ausgehend behandelt das dritte Buch in §. 209 den betrüglichen, in §. 210 den einfachen Bankerutt, welcher eigentlich das leichtsinnige muthwillige Schuldenmachen umfaßt. Der §. 211 betrifft sodann das strafbare Verhalten des Schuldners gegen einzelne seiner Gläubiger im Verhältniß zu den anderen, wofür die allgemeinen Bestimmungen des Strafrechts über Betrug und Unterschlagung nicht ausreichen, während §. 212 der Gefährdung des Publikums durch einen Dritten entgegentritt. Der §. 213 behandelt den Fall eines Stimmenkaufs und §. 214 die Anwendung der Strafbestimmungen auf Gesellschaften und Genossenschaften.

§. 4.

Es ergibt sich nun die Frage: wie verhalten sich die soeben aufgeführten Paragraphen zu einander in Rücksicht auf die darin bezeichneten einzelnen Handlungen? Das heißt: sind diese Handlungen, soferne dem Angeklagten mehrere derselben nachgewiesen werden können, nur ein Gesammtreat oder sind sie verschiedene Reate [9])?

---

8) Dieses Moment bewirkt, daß die Zahlungseinstellung gefordert werden muß.

9) Hinsichtlich der Bemessung der Strafe ist die Beantwortung dieser Frage weniger wichtig, als hinsichtlich der Möglichkeit, einen und denselben Beschuldigten mehrmals nacheinander in Untersuchung zu ziehen

Hierüber ist Folgendes zu bemerken: [10])

A. Die in der KO. enthaltenen Strafbestimmungen treffen vier Gruppen von Reaten. Nur die §§. 209, 210 u. 211 sprechen von einem „Schuldner", §. 213 setzt als Thäter einen „Gläubiger" voraus, §. 212 einen Thäter, der weder Schuldner noch Gläubiger ist, §. 214 endlich spricht von Personen, die in einer besonderen Stellung sich befinden. Eine konkurrirende Uebertretung der Gruppen 1—3 durch dieselbe Person ist also thatsächlich ausgeschlossen.

B. Was sodann die einzelnen Paragraphen für sich betrifft, so steht fest, daß die in §. 209 Ziff. 1—4, die in §. 210 Ziff. 1—3 und die in §. 212 Ziff. 1 und 2 gesondert aufgeführten Handlungen und Unterlassungen nicht einzelne Reate, sondern nur Merkmale desselben Reates darstellen. Es liegt deshalb auch beim Zusammentreffen mehrerer derselben stets nur eine Strafthat vor, welche nicht mit einer Gesammtstrafe, sondern nur mit der in dem betreffenden Artikel angedrohten Strafe belegt werden darf [11]). Noch weniger natürlich, wenn dieselbe in einer Ziffer genannte Handlung oder Unterlassung mehrfach vorliegt [12]). Somit bildet es nur einen betrüglichen Bankerutt, wenn der Gutsbesitzer Ueppig, über welchen der Konkurs eröffnet ist, bei der Inventur heimlich zwei Tausender Marknoten in seiner Tasche behält und zugleich unwahrer Weise angibt, sein Bruder habe ihm tausend Mark geliehen [13]). Und es ist nur einmaliger einfacher Bankerutt, wenn Kaufmann Leichtfuss, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, weder die ihm obliegenden Bücher geführt, noch jemals eine Bilanz gezogen, oder wenn er übermäßige Summen auf der Börse verspielt hat und in seinen Büchern sich Niemand auszukennen vermag [14]). Das Gleiche ist der Fall, wenn Leichtfuss drei Jahre hintereinander die Aufstellung einer Bilanz unterlassen hat [15]), oder

---

10) Vgl. die Abhandlungen von Pf. Dr. Seeger in Goltdammers Archiv Bd. 20 S. 137 ff.

11) Eben deshalb können auch alle Merkmale in eine Frage zusammengefaßt werden. Erk. des RG. v. 7. September 1880 (Rechtsspr. Bd. II S. 207).

12) Dies war schon die Praxis des Berliner Obertribunals (vgl. Oppenhoff Sammlung Bd. 15 S. 223, Bd 16 S. 771, Bd. 17 S. 384, Bd. 18 S. 582, Bd. 19 S. 241) u. das RG. hat konstant ebenso gesprochen.

13) Erk. des RG. v 3. November 1880 (Rechtsspr Bd II S. 441).

14) Erk. des RG. v. 15 November 1879 (Rechtsspr. Bd. I S. 77).

15) Letzteren Fall behandelt das Erk. des RG. vom 5 Juni 1880 (Rechtsspr. Bd. II S. 32) und so hatte auch das Berliner Obertribunal entschieden (Oppenhoff Sammlung Bd. 15 S 613).

wenn Ueppig außer den Banknoten in die Tasche auch noch einen Diamantring in seinen Stiefel rutschen läßt [16]).

C. Es frägt sich nun aber, wie verhält es sich, wenn eine in §. 209 genannte Handlung oder Unterlassung mit einer der in §. 210 oder §. 211 aufgeführten zusammentrifft? Hierüber sind die Ansichten getheilt.

Man kann so argumentiren: [17])

„Es ist die Thatsache der Zahlungseinstellung beziehungsweise der Eröffnung des Konkursverfahrens, welche das Gesetz als strafbaren Bankerutt dann mit Strafe bedroht, wenn gewisse in der KO. §. 209—211 limitativ bezeichnete Handlungen oder Unterlassungen des Schuldners zu derselben hinzutreten, Handlungen, welche an sich straflos sind, welche aber in Verbindung mit der Zahlungseinstellung und im Zusammenhange mit derselben vorgenommen, wegen der durch dieselben sich dokumentirenden betrüglichen oder leichtfertigen Gefährdung des Krebites und der Interessen der Gläubiger die Zahlungseinstellung zum strafbaren Bankerutte machen. Von diesem Gesichtspunkte ausgehend muß angenommen werden, daß wenn mit der Zahlungseinstellung mehrere Handlungen oder Unterlassungen der in den obenerwähnten Paragraphen bezeichneten Art zusammentreffen, nur das einheitliche Reat des betrüglichen oder des einfachen Bankeruttes vorliegt; die eine Zahlungseinstellung enthält die strafbare Handlung, dieselbe verletzt unter der vorbezeichneten Voraussetzung auch nur ein Strafgesetz, wenngleich nach verschiedenen, unter sich aber vom Gesetze gleichwerthig erachteten Richtungen hin, und zwar auch dann, wenn die Thätigkeit des Handelnden aus einer Mehrheit von Akten besteht [18]). Es liegt von diesem Standpunkte aus einer jener Fälle vor, in welchen einzelne an sich strafrechtliche Handlungen (z. B. unor-

---

16) Ebenso die meisten Autoren. Oppenhoff in dem Strafgesetzbuch (9. Aufl.) S. 698 Nr. 21 will indessen bei wiederholter Verabsäumung der Bilanz-Aufstellung den §. 74 des RStGB. für anwendbar halten.

17) Erk. des RG. vom 22. Januar 1883 (Rechtsspr. Bd. V S. 52).

18) Fitting §. 58 Note 10 sagt dieser Anschauung sich anschließend: „Liegt sowohl der Thatbestand des betrüglichen als des einfachen Bankeruttes vor, so kann nur eine Strafe, diejenige wegen betrüglichen Bankeruttes erkannt werden. Denn der Bankerutt, d. h. die durch die (in der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung zu Tage getretene) Zahlungsunfähigkeit bewirkte Schädigung der Gläubiger, ist eine einfache Thatsache, deren schuldhafte Herbeiführung oder Steigerung, wenn auch durch verschiedene einzelne Handlungen bewirkt, nur als eine einfache Strafthat betrachtet werden könne.“

dentliche Buchführung und Verheimlichung von Werthobjekten, oder Erdichtung von Schulden und Differenzhandel auf der Börse, oder Beseitigung von Vermögensgegenständen und Begünstigung einzelner Gläubiger [19]) dadurch zu einer kriminalistischen Einheit werden, daß erst das Hinzutreten eines für alle gemeinen Umstandes (der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung) sie zu einer strafbaren Handlung gestaltet [20])."

Dies ist die Anschauung des Reichsgerichtes, welches sich konstant für Anwendung des §. 73 des RStGB. auf diese Handlungen und Unterlassungen ausgesprochen hat [21]) und also davon ausgeht, daß hier ideale Konkurrenz vorliege.

Man kann aber auch darauf das Gewicht legen, daß, obwohl bei mehreren verschiedenen Handlungen und Unterlassungen die vorhandene Zahlungseinstellung als Begriffsmerkmal identisch ist [22]), dennoch in der Verschiedenheit der zu diesem Begriffsmerkmale hinzutretenden weiteren Momente die Voraussetzung des §. 74 des RStGB. gegeben und somit reale Konkurrenz begründet ist [23]), wobei natürlich die Selbständigkeit der einzelnen Handlungen vorausgesetzt wird.

D. Jedenfalls liegt reale Konkurrenz dann vor, wenn einer der §§. 209, 210, 211 und zugleich der §. 214 übertreten wird. Wenn der Kaufmann Leichtfuss in Konkurs kommt, und es wird ihm nachgewiesen, daß er sein Hauptbuch vernichtet hat, zugleich aber die Aktiengesellschaft, deren Vorstand er ist, ihre Zahlungen einstellt und sich hiebei zeigt, daß Leichtfuss seit Jahren über das Gesellschaftsvermögen keine ordentliche Bilanz gezogen hat oder ziehen ließ, so kann derselbe offenbar wegen zweier Reate gestraft werden.

---

19) Erk. des RG. v. 17. März 1882 (Stfr. Entscheid. Bd. VI S. 94. Rechtsspr. Bd. IV S. 257).

20) Olshausen Kommentar zum StGB. Bd. I S. 318.

21) Außer den schon citirten Erkenntnissen noch im Erk. v. 22. Juni 1880 u. 17. März 1882 (Stfr. Entsch. Bd. II S. 198 u. Bd. VI S. 95), dann vom 5. Februar u. 12. Juli 1883 (Rechtsspr. Bd. V S. 87 u. 518).

22) Wie bei der Bigamie die Eingehung mehrerer neuer Ehen Realkonkurrenz begründet, obwohl das Begriffsmerkmal der bestehenden ersten Ehe bei allen identisch ist. Oppenhoff Strafrecht S. 687 Nr. 33.

23) Dies war die Anschauung des Berliner Obertribunals, vgl. Sammlung der Entsch. v. Oppenhoff Bd. XVIII S. 141 Bd. XIX S. 139. Ebenso Rudorff-Stenglein (3. Auflage) S. 650 Nr. 8 u. Wilmowski S. 518 Nr. 2 a. E. Auch ich hatte mich in I. Auflage dieser Ansicht angeschlossen, will jedoch an derselben der reichsgerichtlichen Rechtsanschauung gegenüber nicht festhalten.

E. Würden aber die Qualitäten des §. 214 in einer und derselben Person zusammentreffen, so würde auch dieses die Realkonkurrenz nicht ausschließen. Wenn Leichtfuss Vorstand des Odelsdorfer Konsumvereins ist und als Liquidator der dortigen Aktienbrauerei „zum Affen" gewählt wird, der Konsumverein macht Konkurs und hiebei zeigt sich, daß dessen Bücher ganz unordentlich geführt sind, zugleich kommt auf, daß Leichtfuss bei der Liquidation der Brauerei hundert Fässer Bier in seinen eigenen Keller hat schaffen lassen und sie als sein Eigenthum ausgibt, so kann ich darin nur zwei real konkurrirende Reate erblicken.

§. 5.

Die Bestimmungen des dritten Buches der KO. treten, wie bereits erwähnt, an die Stelle der bisher im Strafgesetzbuche enthaltenen Vorschriften über Bestrafung des Bankeruttes. Es müssen deshalb auch die allgemeinen Grundsätze des Strafrechtes auf die in §§. 209—214 der KO. enthaltenen Handlungen und Unterlassungen Anwendung finden[24]. Doch läßt sich dies nicht vollständig durchführen, weshalb die Fragen nachfolgend im Einzelnen (jedoch nur kurz) berührt werden sollen.

A. Der Versuch zu den in dem dritten Buche aufgestellten Verbrechen läßt sich in doppelter Weise denken. Man kann versuchen, das heißt den Beginn machen, Vermögensstücke zu verheimlichen, die Bücher zu verändern oder zu vernichten, einem Gläubiger einen Vorzug zu verschaffen, Stimmen zu kaufen und so weiter, während das Moment der Zahlungseinstellung und beziehungsweise Konkurseröffnung vollständig vorhanden ist oder herbeigeführt wird. Man kann aber auch versuchen, das heißt bereits im Sinne haben und Anstalten treffen, die Zahlungen einzustellen oder den Konkurs zur Eröffnung zu bringen, während das Moment der Verheimlichung, Vernichtung, Begünstigung des Stimmkaufes vollständig gegeben vorliegt. Nach meiner Ansicht kann nun der letztere Fall nicht in Betracht kommen; ich kann mich dem (in Oppenhoff, Strafrecht S. 603 Nr. 36 citirten) Erkenntnisse des Berliner Obertribunals vom 17. Juli 1859 nicht anschließen, welches davon ausgeht, daß ein Versuch auch dann vorliege, wenn Jemand im Hinblicke auf eine erst bevorstehende, von ihm vorausgesehene Zahlungseinstellung eine der in

---

24) Die interessanten Fragen, die sich anläßlich des Uebergangs ergeben haben, vgl. Rudorff-Stenglein S. 643 ff., kann ich, nachdem zur Zeit keine vor 1879 begangenen Reate mehr zur Bestrafung kommen werden, übergehen.

§§. 209 u. 210 (in den einzelnen Ziffern) benannten Handlungen verübt [25]); dann sei die Strafbarkeit nicht durch den wirklichen Eintritt der Zahlungseinstellung bedingt. Dieser Satz ist vermuthlich von der Annahme aus verallgemeinert, daß Jemand seine Zahlungsunfähigkeit blos fingirt, in welchem Falle aber meines Erachtens nicht blos Versuch, sondern wirklicher Bankerutt [26]) vorliegt. Wenn aber Jemand sein Hauptbuch z. B. verbrennt, weil er glaubt in Konkurs zu kommen, er kommt aber nicht hinein, sondern er kann alle seine Gläubiger zahlen, wo soll da die Strafbarkeit liegen? Doch nur in der nackten Thatsache, daß er kein Hauptbuch hat. Dies ist aber nur eine Verfehlung gegen Art. 29 des A. D. HGB., nicht aber ein Verbrechen. Die bloße böse Absicht, wenn Niemand dadurch beschädigt ist, wird doch wohl nicht kriminell sein können.

Ich nehme demgemäß nur dann einen strafbaren Versuch an, wenn Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung erfolgt ist und der Schuldner eine der in §. 209 Ziff. 1, 2 und 4 bezeichneten Handlungen bereits auszuführen begonnen hat [27]).

B. Was die Theilnahme betrifft, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß wenn die sämmtlichen Merkmale eines der Reate bei mehreren Personen vorliegen, dann die §§. 47 ff. des RStGB. in Anwendung kommen müssen. Wenn also z. B. über zwei in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten der Konkurs erkannt ist und die Frau verbrennt in Folge von Drohungen ihres Mannes das Hauptbuch, so ist der Mann Anstifter und die Frau Gehilfin des Verbrechens des betrüglichen Bankeruttes [28]).

Zweifelhaft aber wird die Entscheidung, ob eine Theilnahme stattfinden kann, wenn in der einen Person das Hauptmoment der Strafbarkeit des Bankeruttes, die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung, fehlt? Gesetzt den Fall, der Buchhalter des Kaufmanns A unterläßt die Führung des Briefcopirbuches, ist er Gehilfe des strafbaren Bankeruttes, wenn über A der Konkurs eröffnet wird? Nach der Argumentation, welche oben (S. 5) entwickelt wurde, ist das Nichtführen der vorgeschriebenen Bücher eine an sich straflose Handlung; das Moment der Zahlungseinstellung, welches dieselbe erst strafbar macht, tritt aber bei dem Buchhalter gar nicht ein und deshalb kann bei ihm auch der That-

25) Hinsichtlich des §. 210 wäre indeß aus anderen Gründen der Versuch straflos, worüber unten gesprochen werden wird.

26) Da die Zahlungseinstellung ja bekanntlich mit Insolvenz nicht identisch ist.

27) Merkel verlangt „Handlungen", welche dahin abzielen, eine Zahlungseinstellung herbeizuführen.

28) Erk. des RG. v. 23. Oktober 1883 (Stfr. Entscheid. Bd. IX S. 167).

bestand einer Beihülfe zum Bankerutte nicht wohl angenommen werden. Bei dem einfachen Bankerutte schon gar nicht; denn da hier die Strafbarkeit lediglich in der leichtfertigen Bedrohung der Interessen der Gläubiger durch den Schuldner gelegen ist, so kann ein Dritter, welcher keinerlei Verpflichtung gegen die Gläubiger hat, sich einer solchen Bedrohung nicht schuldig machen. Eher kann beim betrüglichen Bankerutte, bei welchem der strafrechtliche dolus (die Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen) von einem Dritten allerdings getheilt werden kann, an eine Theilnahme gedacht werden. Allein, wie weiter unten erörtert werden wird, jene Betheiligung eines Dritten, welche zu bestrafen ist in der Richtung einer Beschädigung der Gläubiger eines Anderen, hat das Gesetz in §. 212 speziell hervorgehoben. Wenn hier die Richtführung der vorgeschriebenen Bücher und die Vernichtung solcher Bücher nicht erwähnt wird, so muß doch hiebei eine bestimmte Absicht des Gesetzgebers obgewaltet haben und diese kann keine andere sein, als daß diese Handlungen nur dann dem Strafrechte verfallen, wenn sie dem Schuldner selbst zur Last fallen. Sonach kommt man zu dem Resultate, daß nur, wenn mehrere Schuldner vorhanden sind, bei dem betrüglichen und einfachen Bankerutte die Grundsätze über Anstiftung und Gehülfenschaft zur Anwendung kommen, nicht aber wenn ein Dritter betheiligt ist.

C. Die Verjährung anlangend, so bestimmt der §. 67 des RStGB. in Abs. 3, daß die Verjährung mit dem Tage beginne, an welchem die strafbare Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges. Daraus ergibt sich, daß die Verjährung der in den Strafbestimmungen der KO. aufgestellten Reate erst dann beginnen kann, wenn Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) und eine jener Handlungen und Unterlassungen zusammengetroffen sind, welche zur Begründung des Thatbestandes gehören. Soferne also die Handlung nicht erst nach der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) vorgenommen wird, ist es die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung), welche die Verjährung in Lauf setzt[29]). Folgt die Spezialhandlung aber nach, so beginnt der Lauf der Verjährung erst mit deren Vornahme[30]). Es wäre aber demohngeachtet meines Erachtens irrig, diese an sich richtigen Sätze daraus

---

29) Dies war schon Praxis des Berliner Obertribunals (Sammlung von Oppenhoff Bd. 5 S 41, Bd. 11 S. 598, Bd. 17 S 623, Bd. 18 S. 96, Bd. 19 S 31) und wird auch vom RG. ebenso behandelt, (vgl die Erk. v. 26. Juni 1882 (Stfr. Entsch. Bd. VII S. 392), v. 17. Januar 1882 und 10. Mai 1883 (Rechtspr. Bd. IV S. 48 u. Bd. V S. 359).

30) Vgl. das Erk. des RG. vom 15. Februar 1881 in den Stfr. Entscheid. Bd. III S. 49 und in der Rechtspr. Bd. III S. 350.

abzuleiten, daß der Reat des strafbaren Bankeruttes vollendet werde durch die Zahlungseinstellung[31]) oder Konkurseröffnung[32]); dies wird schon widerlegt durch den Umstand, daß mitunter diese Momente der Vollendung des Verbrechens oder Vergehens vorangehen[33]). So wenig z. B. der Mord vollendet wird dadurch, daß der Geschossene später stirbt (obwohl kein Mord vorliegt, wenn er wieder gesund wird), so wenig wird der Bankerutt „vollendet" dadurch, daß der Kaufmann, der sein Hauptbuch verbrannt hat, nachher seine Zahlungen einstellt, obwohl, wenn er alle seine Gläubiger richtig bezahlt, das Verbrennen dieses Buches Niemandem etwas angeht.

D. Eine besondere Betrachtung verdient der Strafausschließungsgrund der Unzurechnungsfähigkeit. Man kann meines Erachtens hier nicht ohne sorgfältige Unterscheidung durchkommen. Gesetzt den Fall, der Kaufmann A hat im Delirium des Typhus seine Bücher verbrannt und es ist in Folge seiner langen Krankheit das Geschäft so zurückgegangen, daß der Konkurs über ihn verhängt werden muß, kann er doch wohl nicht wegen Bankeruttes gestraft werden. Anders aber, wenn er die Thatsache, daß er im unzurechnungsfähigen Zustande seine Bücher vernichtet hat, benützt und nun nachträglich bei gesunden Sinnen in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, seine Zahlungen einstellt. Wie aber dann, wenn er mit vollem Bewußtsein seine Bücher so geführt hat, daß eine Uebersicht seines Vermögenszustandes daraus nicht zu entnehmen ist, später wird er geisteskrank und nun über ihn Konkurs verhängt. Kann er gestraft werden[34])? Ein Erkenntniß des Berliner Obertribunals vom

---

31) „Die Vollendung wäre abhängig von einem Ereignisse, das mit der schuldhaften Handlung in gar keiner Verbindung zu stehen braucht". Mit Recht hängt Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts Bd. III S. 820 diesem Satze ein Ausrufungszeichen an.

32) Man käme ja sonst zu der eigenthümlichen Erscheinung, daß es der Richter sei, welcher — indem er das Konkurserkenntniß erläßt — das Verbrechen zur Vollendung bringt. Ich glaube, wenn nicht früher die Zahlungseinstellung allein im Gesetze gestanden wäre, welche eine schuldnerische Handlung ist, wäre man von vorneherein nicht auf die bisherige Ansicht gekommen, die sich jetzt doch kaum für die Fälle, wo keine Zahlungseinstellung, sondern Konkurs auf Antrag eines Gläubigers eintritt, wird halten lassen.

33) Schon dies letztere Moment zeigt, daß jedenfalls die Zahlungseinstellung nicht immer „Vollendungshandlung" sein kann; denn sonst wäre sie ja manchmal schon quasi vorräthig vorhanden.

34) Oppenhoff Bd. X S. 799.

12. Dezemb. 1869 bejaht diese Frage und zwar, wie ich glaube, mit Recht[35]). Denn die Zahlungseinstellung ist keine Thätigkeit, bei welcher es auf den freien Willen des Schuldners ankommt; es ist ein durch die Folgen seiner früheren Thätigkeit herbeigeführter Zustand, und wenn nicht bezweifelt werden kann, daß die Strafbarkeit eintritt, obwohl z. B. der Konkurs ganz gegen den Willen des Schuldners (etwa auf Antrag eines Gläubigers) eröffnet wird, so kann es auch darauf nicht ankommen, daß die Zahlungseinstellung nicht mit seinem Bewußtsein eingetreten ist.

§. 6.

In §. 3 Ziff. 3 des Einführungsgesetzes wird die Aufhebung der §§. 281—283 des RStGB. ausdrücklich ausgesprochen.

Es sollen aber auch die in dieser Materie noch bestehenden landesgesetzlichen Strafbestimmungen ihre Geltung verlieren, weshalb es im Einführungsgesetze §. 4 Abs. 2 heißt: „Aufgehoben werden die Strafvorschriften, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind".

Dieser Ausdruck ist nicht ganz prägnant[36]). Der „Konkurs" wird nicht immer und nicht nothwendig auf die Zahlungseinstellung folgen. Die auf diese bezüglichen Strafvorschriften betreffen daher nicht auch schon den „Konkurs", während sie doch mit als zur Aufhebung bestimmt gemeint sind. Daher ist zu lesen: „alle landesgesetzlichen Strafbestimmungen in dieser Materie". Darunter aber sind begriffen alle Handlungen, welche eine Verantwortlichkeit begründen können in Bezug auf ein wirklich eingetretenes, simulirtes oder irrthümlich angenommenes Zahlungsunvermögen, oder die damit zusammenhängende Schädigung eines Gläubigers, sowie die Verletzung von Pflichten, welche sich für Privatpersonen in dem Konkursrechte begründen können[37]). Alles, was auf einen dieser Punkte landesgesetzlich verfügt ist, wird beseitigt. Es können fortan nur die in der KO. selbst mit Strafe bedrohten Handlungen beahndet werden und ist insbesondere jede Analogie in dieser Hinsicht ausgeschlossen[38]).

---

35) Natürlich ist vorausgesetzt, daß sich sodann dieser Zustand der Unzurechnungsfähigkeit wieder gehoben hat; denn dauert er fort, so verbietet §. 203 der StPrO. das strafrechtliche Vorgehen.

36) Vgl. Merkel in Dr. Fr v. Holtzendorff's Ergänzungen zum Deutschen Strafrecht S. 450 Note 1.

37) Z. B. etwaige Strafbestimmungen oder Entschädigungspflichten eines die Masse verwaltenden Dritten, welche die Partikulargesetzgebung enthalten würde, sind durch §. 76 der KO. ersetzt.

38) Vgl. Oppenhoff, Strafrecht (VI. Auflage) zu §. 281 Note 29.

§. 209.

Betrüglicher Bankerutt.

Schuldner[a]), welche ihre Zahlungen eingestellt haben[b]), oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist[c]), werden wegen betrüglichen Bankerutts mit Zuchthaus[d]) bestraft, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachtheiligen[e]),

1) Vermögensstücke[f]) verheimlicht oder bei Seite geschafft haben[g]),
2) Schulden oder Rechtsgeschäfte[h]) anerkannt oder aufgestellt[i]) haben, welche ganz oder theilweise erdichtet[k]) sind,
3) Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag[l]), oder
4) ihre Handelsbücher[m]) vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert[n]) haben, daß dieselben keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren[o]).

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

I. E. §. 257; II. E. §. 209; RStGB. §. 284; Bayer. StGB. v. 1861 Art. 329.

a. (Schuldner).

Der vorstehende Paragraph entspricht dem §. 281 des Reichsstrafgesetzbuches; er behandelt die schwerste Gattung derjenigen Handlungen, welche von einem insolventen Schuldner verübt dem Strafrechte anheimfallen. Derselbe ist ganz allgemein gestellt, er bezieht sich auf alle Stände und umfaßt jede Art von thatsächlicher Unmöglichkeit der Befriedigung aller oder einzelner Gläubiger. Es ist bereits in der Einleitung zum dritten Buch erörtert worden, daß zur Begründung des Thatbestandes eines betrüglichen Bankerutts weder ein Kaufmann noch ein Gemeinschuldner als handelndes Subjekt erfordert wird. Jeder Schuldner, welcher im Zustande wahrer Zahlungsunfähigkeit[1]) sich befindet

1) „Effektive Insolvenz" liegt vor, wenn der Schuldner nicht blos nicht zahlen will, sondern nicht zahlen kann; wenn er also seine Zahlungen einstellt oder einstellen muß, weil er Kridar wird Die „Kenntniß einer Ueberschuldung", das „Bewußtsein einer bevorstehenden Zahlungseinstellung" oder eine „Voraussicht, daß im Falle eines später ausbrechenden Konkurses die Gläubiger ungedeckt bleiben" ist an sich nicht genügend, vgl. hierüber was beim einfachen Bankerutt (lit. c) erörtert wird.

und eine der in Ziff. 1—4 bezeichneten Handlungen verübt hat, ist betrüglicher Bankeruttirer. Die Ehefrau eines Gemeinschuldners wird an sich nicht Urheberin des Reates, wenn sie sich eines der fraglichen Akte schuldig macht; wohl aber wird sie solche dann (vgl. oben S. 8), wenn der Konkurs über beide Ehegatten in Folge der Gütergemeinschaft[2]) verhängt wird oder wenn sie für sich Handelsfrau ist.

b. (welche ihre Zahlungen eingestellt haben).

I. Der §. 94 Abs. 2 bezeichnet die Zahlungseinstellung[3]) nur als eine einzelne Art, wie sich die Zahlungsunfähigkeit kundgibt[4]); man könnte also glauben, daß auch als Voraussetzung der Strafbarkeit jede Zahlungsunfähigkeit anerkannt werden müsse. Allein das Gesetz geht nicht von diesem Grundsatze aus. „Den sonstigen Merkmalen einer Zahlungsunfähigkeit, außer der Zahlungseinstellung, fehlt die bezeichnende Erkennbarkeit, um die Handlung mit Strafe belegen zu können", sagen die Motive[5]), und es wird demnach, um den Thatbestand eines strafbaren Bankeruttes (des betrügerischen und des einfachen) zu begründen, ein äußerlich erkennbarer und unzweifelhaft die Zahlungseinstellung dokumentirender Akt des Schuldners erfordert. In der Regel wird diesen Akt die gerichtliche oder außergerichtliche Erklärung des Schuldners bilden, daß er zu zahlen nicht mehr im Stande sei, oder es wird der Schuldner die Flucht ergriffen haben oder sonstwie das faktische Verhalten desselben einen Anhaltspunkt bieten. Nothwendig aber ist keines dieser äußeren Momente. Es kommt lediglich darauf an, daß der Richter und zwar der Strafrichter[6]) zur festen Ueberzeugung der Thatsache gelangt, daß der Schuldner aufgehört habe, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen.

---

2) Vgl. oben Abth I S. 474 ff.

3) Daß der §. 209 Anwendung findet, auch wenn die Zahlungseinstellung erst nach dem Verkauf des Geschäftes erfolgt ist, ist jetzt selbstverständlich, übrigens im Erk. des RG. vom 5. Mai 1880 (Rechtsspr. Bd. I S. 735) selbst für das frühere Recht des §. 283 des RStGB. anerkannt.

4) Siehe Abth. I S. 315 ff. u. Abth II S. 166 ff.

5) Zum II. E. S. 460. Vgl. auch das Erk. des RG. v. 11. Januar 1881 (Annalen Bd. III S. 161) u v. 22 Januar 1881 in den Stfr. Entscheid. Bd. III S. 294.

6) Daß der Strafrichter das Vorhandensein der Zahlungseinstellung, und zwar ohne an die Entscheidungen des Civilrichters gebunden zu sein, festzustellen hat, darüber liegen eine große Anzahl älterer Präjudizien vor, z. B. Oppenhoff Bd. 2 S. 63, Bd. 7 S. 358, 695, Bd. 10 S. 643, Bd. 14 S. 350.

II. Es ist nun noch das Verhältniß der Zahlungseinstellung zu erwähnen. In civilrechtlicher Richtung nämlich[7]) kann eine Zahlungseinstellung nur dann Wirkung äußern, wenn die Konkurseröffnung nachträglich erfolgte; die Bestimmungen des dritten Buches aber stellen allgemein die Zahlungseinstellung und die Konkurseröffnung alternativ als Voraussetzung der Strafbarkeit hin[8]). Damit soll indessen nur gesagt sein, daß die Strafe nicht blos dann ausgesprochen werden kann, wenn der Konkurs über den Schuldner eröffnet wurde, sondern es genügt unter Umständen die Zahlungseinstellung als solche. Wenn z. B. der Kaufmann Schwindel seinen Laden sperrt und flüchtig geht unter Mitnahme seiner Kasse, so kann er strafrechtlich verfolgt werden, wenn auch die Konkurseröffnung auf Grund des §. 99 der KO. wegen Nichtvorhandenseins einer Masse unterbleibt.

Allein es hat nicht jede Zahlungseinstellung diese schwere Folge; insbesondere wird eine solche Zahlungseinstellung, welche sich später als Zahlungsstockung erweist, als Voraussetzung des Verbrechens nicht genügen[9]). Gesetzt, der Kaufmann A ist genöthigt, die am 1. Juli fälligen Wechsel in Protest gehen zu lassen, er kann die an diesem Tage zu leistenden Differenzen nicht decken, er ist überhaupt momentan nicht mehr im Stande, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, und stellt also faktisch seine Zahlungen ein. In der Aufregung ergreift er sein Hauptbuch und verbrennt es. Am 2. Juli kommt der Bruder des A und nimmt die Sache in die Hand, er schießt die nöthigen Summen vor, stellt sich mit seinem persönlichen Kredite vor den Riß, bewältigt die momentane Krisis und die Firma A bleibt aufrecht. Obwohl nun hier die Zahlungen eingestellt waren und eine in §. 209 vorgesehene Handlung verübt worden ist, liegt doch der Thatbestand des betrüglichen Bankeruttes nicht vor. In diesem Sinne ist denn auch das Gesetz zu interpretiren. „Zahlungseinstellung" im kritischen Sinne wird rückschließend nur dann anzunehmen sein, wenn dieselbe entweder zu einem Konkurs oder zu einem Akkord oder jedenfalls zu einer Nichtbefriedigung der Gläubiger oder (falls mehrere Gläubiger nicht konkurriren) des Gläubigers geführt haben".

---

7) Vgl. oben Abth. I S. 315.

8) Anders der I. E., welcher die Einleitung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens verlangte.

9) Schwarze S. 709, anders Oppenhoff Strafrecht (IX. Aufl.) S. 683 Note 18 u. ff. auf Grund eines Obertribunalerkenntnisses vom 3. Juli 1872 (Sammlung Bd. 13 S. 383).

Ob die Zahlungseinstellung vor oder nach Verübung der in den §§. 209 und 210 aufgeführten Handlungen stattgefunden habe[10], ist auf die Strafbarkeit ohne Einfluß. Dagegen muß der Zustand der Konkursmäßigkeit noch vorliegen[11].

III. Es bedarf kaum der Erinnerung, daß zwar ehedem von „Zahlungseinstellung" nur bei Kaufleuten gesprochen wurde, daß aber diese Beschränkung jetzt nicht mehr zu halten ist. Zu erwähnen wäre indessen noch, daß, soferne es sich um einen Kaufmann handelt, die Zahlungseinstellung sich nothwendig auf die gesammte Vermögenslage desselben erstrecken muß[12]. Nicht zulässig wäre es, sie in Bezug auf ein Geschäft anzunehmen, während sie in Bezug auf ein anderes gleichzeitig betriebenes verneint wird[13].

c. (über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist).

Wenn eine Zahlungseinstellung erfolgt ist, so bedarf es, wie bereits erwähnt, um den Thatbestand des Bankeruttes zu begründen, nicht erst noch einer darauffolgenden Konkurseröffnung. Hat aber der Schuldner seine Zahlungen nicht eingestellt, so entscheidet nicht die Zahlungsunfähigkeit, sondern erst die Thatsache der Einleitung des Verfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit. Ob der Konkurs auf Antrag des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers erkannt wurde, ist gleichgültig. Natürlich aber wird eine rechtskräftige Eröffnung vorausgesetzt; war vom Amtsrichter auf Antrag eines Gläubigers auf Konkurs erkannt, das Obergericht hebt aber den Beschluß wieder auf[14], so kann der Schuldner auch dann nicht gestraft werden, wenn demselben eine der in §§. 209, 210 oder 211 aufgeführten Handlungen zur Last liegt.

---

10) Vgl. die Citate bei Oppenhoff zu §. 209 S. 686 Note 30. Wenn indessen hier gesagt ist, die ungenügende Buchführung könne der Zahlungseinstellung nur vorangehen, so ist dies nicht richtig; man kann auch nachher noch die Bücher durch Einträge in Verwirrung bringen.

11) Wenn Jemand seine Bücher vernichtet, nachdem der in Folge der Zahlungseinstellung eröffnete Konkurs vollständig durchgeführt und beendet ist, so begeht er kein Reat. Erk. des RG. v. 8/15. Oktober 1883 in den Stfr. Entscheid. Bd. IX S. 134.

12) Oppenhoff Strafrecht S 684 Note 22.

13) Selbstverständlich ist hier die Einzelfirma gemeint; die Handelsgesellschaft kann ihre Zahlungen einstellen und daneben der Sozius mit seiner Privatfirma fortbestehen und umgekehrt.

14) Natürlich anders, wenn daneben die Zahlungseinstellung bleibt und die Konkurseröffnung vom Oberrichter etwa wegen ungenügender Masse (§. 99) abgelehnt würde.

Der Konkurseröffnung steht die „Wiederaufnahme" des Verfahrens gleich. Wenn der über Kaufmann A eröffnet gewesene Konkurs durch Zwangsvergleich vom 1. Juli 1880 geendigt worden war, und am 15. Juli derselbe ein prachtvolles Fest gibt, das große Summen verschlingt, so kann, im Falle am 15. August auf Grund des §. 184 der KO. das Verfahren wieder aufgenommen wird, die Thatsache des am 15. Juli gemachten übermäßigen Aufwandes die Strafe des §. 210 nach sich ziehen[15]).

d. (wegen betrüglichen Bankerutts mit Zuchthaus).

Da in §. 209 eine lebenslängliche Zuchthausstrafe nicht angedroht ist, so muß dieselbe nach §. 14 des RStGB. zwischen einem Jahre und 15 Jahren bemessen werden. Festungshaft darf statt derselben nicht eintreten.

e. (in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachtheiligen).

Zum Thatbestande des Betruges gehört nach §. 263 des RStGB. die Täuschung und Vermögensbeschädigung gegenüber einem Andern und ferner die Absicht, sich selbst oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen. Letzteres Moment fehlt beim betrüglichen Bankerutt. Zwar die in Ziff. 1 und 2 des §. 209 aufgeführten Handlungen enthalten in ihrer Tendenz immer auch diese Bereicherungsabsicht, bei Ziff. 3 und 4 aber fehlt eine solche Willensrichtung. Aber auch die beiden ersten zum Begriffe des Betruges erforderlichen Momente modifiziren sich einigermaßen hinsichtlich des Thatbestandes des betrüglichen Bankeruttes. Die Täuschung nämlich wird hier nicht selbständig und für sich versucht, sie ist nicht in der Erregung eines speziellen Irrthums gelegen, es handelt sich nicht wie beim Betruge um die Verleitung des Anderen zu einer diesem schädlichen Disposition über Vermögensstücke. Die Täuschung Seitens des betrüglichen Bankeruttirers ist vielmehr eine im Allgemeinen geübte, sein gesammtes Gebahren ist berechnet, das Publikum überhaupt über seine Lage zu täuschen, er „betrügt", indem er Kredit nimmt, obwohl er sich bewußt ist, daß man ihm keinen geben würde, wenn Jedermann wüßte, wie es um ihn steht[16]). Desgleichen

15) Freilich muß, um den §. 184 anwendbar erscheinen zu lassen, schon die Verurtheilung wegen betrüglichen Bankeruttes vorliegen, so daß praktisch die zweite Strafbarkeit nicht mehr viel Bedeutung hat.

16) Die „Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen" ist daher wesentlich bedingt durch das Bewußtsein von der bereits eingetretenen oder bevorstehenden Zahlungseinstellung. Siehe die Citate bei Oppenhoff, Strafrecht zu §. 209 S. 686 Note 28. Vgl. auch die Erk. des RG. v. 11. Ja-

ist beim betrüglichen Bankerutte die Vermögensbeschädigung nicht wie beim Betruge ein spezieller, einer bestimmten Person mit Absicht zugefügter Nachtheil, sondern sie ergibt sich als das allgemeine, durch die verschiedensten Formen schuldhaften Gebahrens herbeigeführte, Resultat, dessen Schwerpunkt darin liegt, daß die Gläubiger das ihnen Zukommende nicht erhalten [17]).

Man könnte sogar noch einen Schritt weiter gehen, und manche Rechtslehrer [18]) thun es auch. Weil das Gesetz sich nicht so ausdrückt: „Wer seine Gläubiger dadurch benachtheiligt, daß er u. s. w.", sondern nur von der „Absicht zu benachtheiligen" spricht, nehmen Einige an, die in §§. 209 und 210 aufgeführten Handlungen seien strafbar ohne Rücksicht darauf, ob die Gläubiger beschädigt seien oder nicht. Hieran ist, wie bereits angedeutet, so viel richtig, daß eine Beschädigung dieses oder jenes oder aller einzelnen Gläubiger nicht nachgewiesen werden muß, daß überhaupt der Schaden als solcher nicht zu recherchiren ist und auf seine Höhe und Beschaffenheit bei Feststellung des Thatbestandes des betrüglichen Bankeruttes Nichts ankommt. Aber Nachtheil muß vorliegen; Benachtheiligung eines Anderen ist Voraussetzung jedes vermögensrechtlichen Reates. Diese Benachtheiligung liegt aber in jeder Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung schon an und für sich vor; denn bei jeder solchen Einstellung oder Eröffnung werden die Gläubiger nicht wie sie sollten befriedigt, nicht voll, nicht sofort, nicht wie bestimmt. Mehr braucht es allerdings nicht, weniger aber genügt auch nicht. Wenn in irgend einer Weise selbst nach der Konkurseröffnung allen Gläubigern vollständig Genüge geleistet wird und nach §. 188 der KO. die Einstellung des Konkursverfahrens erfolgt, wird auch die Einstellung des etwa eingeleiteten Strafverfahrens erfolgen müssen und jedenfalls nicht später eine Kriminaluntersuchung eingeleitet werden können. Daß freilich eine bereits erkannte Strafe durch nachträgliche Wiedergutmachung des Schadens nicht beseitigt werden kann, folgt aus anderen strafrechtlichen Grundsätzen.

f. (Vermögensstücke).

Die Verheimlichung, Vernichtung oder Beseitigung von Vermögensstücken wird in der Regel nur bewegliche Sachen betreffen; indessen ist

---

nuar 1881 (Strfr. Entscheid. Bd. III S. 191) und vom 25. Februar 1882 (Rechtsspr. Bd. IV S. 205), auch jenes v. 10. Oktober 1882 (Strfr. Entscheid. Bd. IV S. 737).

17) Merkel in v. Holtzendorff Strafrecht Bd. III S. 815.

18) Z. B. Oppenhoff auf Grund eines Erk. des Obertribunals v. 20. September 1876.

eine solche Handlung an unbeweglichen Gegenständen nicht ausgeschlossen [19]; auch sie können als zum Vermögen gehörig der Wahrnehmung entzogen werden [20] z. B. durch simulirten Verkauf [21]. Dasselbe gilt von Forderungen, die dem Insolventen zustehen und die er verschweigt oder durch Scheinzession bei Seite schafft. Das Verschweigen einer Schuld (des Kridars) gehört natürlich nicht hieher, denn hiedurch wird die Masse nicht verringert [22].

Werden Vermögensstücke verheimlicht oder beseitigt, welche nicht zur Masse gehören oder nicht zu derselben gezogen werden können, so liegt hierin kein betrüglicher Barkerutt, da durch eine solche Handlung die Konkursgläubiger, weil sie ohnehin keinen Anspruch auf die Sachen haben, nicht beschädigt werden [23] und daher die „Benachtheiligungsabsicht" nicht vorhanden sein kann.

g. (verheimlicht oder bei Seite geschafft).

I. Der Ausdruck „verheimlichen" kommt außerdem im Strafrechte

---

19) Wie v. Sarwey S. 877 Nr. 5 u. v. Wilmoski S. 518 Nr. 3 annehmen: „Beiseiteschaffen setzt die Fortschaffung an einen andern Ort voraus, ist also bei Immobilien nicht denkbar."

20) Ein Erk des RG. (Strfr. Entscheid. Bd. II S. 118, Rechtssprechung in Strafsachen Bd. II S. 98) v. 22. Juni 1880 sagt: „das Wort „Beiseiteschaffen" setzt nicht nothwendig ein äußerliches räumliches Fortbewegen von Ort zu Ort voraus, findet vielmehr nach dem allgemeinen Sprachgebrauche auch bei Gegenständen Anwendung, rücksichtlich welcher von einer äußeren Ortsveränderung nicht die Rede sein kann. So wird z. B. von einem Beiseiteschaffen von Hindernissen, von Schwierigkeiten auf geistigem Gebiete gesprochen. Auch läßt sich nicht behaupten, daß das Strafgesetzbuch da, wo es von Beiseiteschaffen spricht, überall eine äußere räumliche Ortsveränderung erfordere. Dies ist nicht der Fall z. B. in §. 137 und §. 288."

21) Der Umstand, daß die Immobilien nach §. 39 der KO. nicht zur Konkursmasse gezogen werden, ändert hieran Nichts. Denn abgesehen davon, daß es immerhin ungewiß bleibt, ob nicht nach Abstoßung der Absonderungsberechtigten für die übrigen Gläubiger noch Etwas übrig bleibt, ist ja zum Thatbestand des Bankeruttes nur eine Benachtheiligung der Gläubiger überhaupt, nicht der Konkursgläubiger gefordert.

22) Wie weit der verschwiegene Schuldner etwa wegen Betruges Ansprüche erheben kann, ist eine andere Frage.

23) Erk. des Münchener Oberst. Ger. v. 28. Dezember 1872 (Sammlung Bd. II S. 307). In diesem Falle hatte der Schuldner seine unentbehrlichen Kleidungsstücke und solche Waaren beseitigt, die er in Folge eines erst nach der Konkurseröffnung abgeschlossenen Kaufgeschäftes erhalten hatte.

vor bei der Hehlerei (RStGB. §. 259); allein vollständig decken sich die beiden Ausdrücke nicht. Freilich bedeutet in beiden Fällen das Wort eine Handlung, welche dahin abzielt, eine bestimmte Sache zu verbergen und deren rechtliche Verwendung (dort Rückgabe an den Eigenthümer, hier Einziehung zu Gunsten der Gläubiger) zu vereiteln. Während aber bei der Hehlerei ein positives Thun gefordert wird, und ein bloßes Verschweigen, die Nichtanzeige, selbst die Weigerung, den Ort des gestohlenen Gutes anzugeben, nicht genügt, um den, der solches thut, zum Hehler zu machen [24]), wird man nicht zweifeln können, daß der Gemeinschuldner, sofern er eines dieser Dinge in der Absicht seine Gläubiger zu benachtheiligen sich zu Schulden kommen läßt, allerdings ein betrüglicher Bankeruttirer ist. Es genügt zum Begriffe des „Verheimlichens oder Bei-Seite-Schaffens" im Sinne des §. 209 „jede Handlung, welche bewußter Weise [25]) die Sache der Wahrnehmbarkeit oder Erreichbarkeit für die Gläubiger in der Weise entzieht [26]), daß denselben dadurch die Geltendmachung ihrer Rechte, wenn auch nur zeitweilig, erschwert und verzögert oder unmöglich gemacht wird [27])." Hieher rechne ich daher entschieden auch das „Nichtnennen von Aktiven" [28]); denn der Ausdruck „Verheimlichen" bedeutet nicht eine positive Handlung. Ein heimliches Verbergen oder Verstecken ist vielmehr ein aktives Vorgehen und fällt unter den Ausdruck „Bei-Seite-Schaffen", das Gesetz stellt aber beide Ausdrücke nebeneinander. Das „Bei-Seite-Schaffen" braucht übrigens nicht heimlich zu geschehen; Verschenken von Gegenständen, Verschleudern von Werthobjekten, unnützes Ausgeben von Geld [29]) — all dies, wenn es in der

---

24) Vgl. Oppenhoff, Strafrecht zu §. 259 S. 601 Nr. 14.

25) In der Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht in gewinnsüchtiger Absicht. Wenn also der Schuldner eine Sache zerstört in der böslichen Absicht, daß seine Gläubiger sie nicht haben sollen, so hat er meines Erachtens sie im Sinne des §. 209 Ziff. 1 bei Seite geschafft. Anderer Ansicht Merkel a. a. O. Bd. III S. 817.

26) Eine Aenderung des Aufbewahrungsortes ist hiebei nicht nöthig; man kann die Sache zudecken, unzugänglich machen u. s. w.

27) Oppenhoff, Strafrecht S. 688 Nr. 39.

28) Anderer Meinung Merkel a. a. O. Bd. III S. 817. Ich kann diese milde Anschauung auch materiell nicht theilen; wenn ein Schuldner absichtlich Forderungen, die ihm zustehen, nicht angibt, was unterscheidet diese Handlung von einem Nichtabliefern derselben Summe, die er einnimmt? und letzteres wird doch Jedermann als ein „Verheimlichen" ansehen.

29) Wenn aber der Schuldner das Geld zu seiner Lebsucht oder zur Flucht verwendet hat, so liegt darin — absichtliche Verschwendung vorbehalten —

Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen geschieht — fällt unter §. 209 Ziff. 1.

II. Es frägt sich: ist die Befriedigung eines Gläubigers, auch wenn sie in der Absicht geschah, die anderen zu benachtheiligen, nach Ziff. 1 strafbar? Ein Darmstädter Erkenntniß unter der Herrschaft der früheren Gesetze bejahte die Frage[30]). Ich glaube, Angesichts des jetzigen §. 211 läßt sich diese Entscheidung nicht mehr billigen. Denn in diesem Paragraphen sind die Voraussetzungen enthalten, unter welchen allein[31]) der Schuldner deshalb bestraft werden soll, weil er einen Gläubiger vor den anderen bevorzugte, oder weil er ihn ausnahmsweise befriedigte. Man erachtete offenbar diese Art der Benachtheiligung der übrigen Gläubiger nicht für so strafbar, wie die gewinnsüchtige Beseitigung von Befriedigungsmitteln für alle Gläubiger, und ich glaube auch kaum, daß von betrüglichem Bankerutte gesprochen werden kann, wenn Jemand im Grunde nur thut, wozu ihn eigentlich das Recht verpflichtet[32]).

h. (Schulden oder Rechtsgeschäfte).

Welche innere Beschaffenheit die Rechtsgeschäfte haben, die unwahrer Weise den Gläubigern vorgehalten werden, ist einerlei. Es ist insbesondere nicht nothwendig, daß solche blos Verpflichtungen in sich tragen; auch Rechtsgeschäfte, aus denen dem Schuldner Berechtigungen entspringen, können unter Umständen den Gläubigern nachtheilig sein und nur in der Absicht, dieselben zu benachtheiligen, vorgeschützt werden.

i. (anerkannt oder aufgestellt).

Die Anerkennung kann ausdrücklich, sie kann auch durch Nichtbestreiten in einem Rechtsstreite, durch kollusionsweise verweigerte Eidesleistung u. s. w. geschehen. Ob die fingirte Forderung im Konkurse zur Befriedigung gelangt, ist irrelevant; dagegen glaube ich nicht, daß eine Strafbarkeit vorläge, wenn die unwahre Forderung gar nicht im Konkurse

---

doch wohl kein „Beiseiteschaffen". Anderer Ansicht Oppenhoff und Schwarze a. a. O.

30) Vgl. Oppenhoff, Strafrecht (IV. Auflage) S. 603 Note 41.

31) Wenn Jemand die Absicht hat, „einen Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen", so muß er zugleich die Absicht haben, „die übrigen Gläubiger zu benachtheiligen". Man kann also nicht von einer verschiedenen Absicht nach §. 209 und §. 211 sprechen. Vgl. die in Note 16 citirten reichsgerichtlichen Erkenntnisse.

32) Anerkannt im Erk. des RG. vom 17. März 1882. (Rechtsspr. Bd. IV S. 257).

geltend gemacht würde[33]). Die Anerkennung einer Schuld, welche zwar nicht gezahlt werden müßte, deren Rückforderung aber im Falle einer Zahlung vom Civilrechte ausgeschlossen wäre [z. B. Anerkennung eines Kapitals als verzinslich, welches unverzinslich ist[34])], halte ich gleichfalls für straflos.

k. (ganz oder theilweise erdichtet).

Das Gesetz will auch die Handlung gestraft wissen, welche eine an sich vorhandene Schuld zum Nachtheile der Gläubiger verändert. Wenn also z. B. der Schuldner eine Forderung als noch vollständig bestehend erklärt, während er schon einen Theil davon abgezahlt hat, oder wenn er für die Forderung ein Vorrecht erdichtet, welches ihr nicht zukommt, so gehört dies hieher.

Die Erdichtung muß natürlich nachgewiesen werden; der Schuldner braucht nicht etwa die Existenz darzuthun, sondern es muß die Nichtexistenz erwiesen sein[35]).

l. (Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag).

I. Die Ziffern 3 und 4 des §. 209[36]) der KO. ahnden lediglich die Verletzung kaufmännischer Pflichten. Das Gesetz bedient sich daher des Ausdruckes „Handelsbücher" und erklärt damit, daß die in Art. 28 des A. D. HGB. den Kaufleuten auferlegte Buchführung allein in Frage kommen soll. Weder Nichtkaufleute (bezw. Nichtvollkaufleute)[37]) können von den vorerwähnten Strafbestimmungen betroffen, noch können andere als die technischen Handelsbücher, z. B. Geschäftsbücher anderer Art in Betracht gezogen werden[38]). Wer als Kaufmann zu erachten sei, ist nach Maßgabe der Vorschriften des A. D. HGB. zu beurtheilen[39]). Es

33) Denn in solchem Falle wird man von einer Benachtheiligungsabsicht nicht wohl sprechen können.

34) Nach Gemeinem Rechte nach fr. 26 D. de cond. indeb. (12, 6).

35) Ebenso Oppenhoff, Strafrecht S. 689 Nr. 44.

36) Und ebenso Ziff. 2 und 3 des §. 210 der KO.

37) Z. B. Notizbücher, vgl. Erk. des RG. v. 9. April 1880 (Rechtsspr. Bd. I S. 562) u. v. 14. Mai 1881 (Rechtsspr. Bd. III S. 304).

38) Denn bei diesen trifft nicht zu, was schon die Anmerkungen zum Bayr. StGB. v. 1813 schön bemerken: „im Handel und Wandel muß sich das ganze Gewissen des Kaufmanns in seinen Handelsbüchern darstellen."

39) Vgl. Völderndorff und Anschütz, Kommentar Bd. I S. 32 ff., Bd. III S. 4 ff.

ist indessen nicht etwa diese Frage als Präjudizialpunkt vom Civil- bezw. Handelsgerichte zu entscheiden, vielmehr hat der Strafrichter nach den vorliegenden Thatumständen festzustellen, ob ein Angeklagter Handelsmann, und ferner ob er Vollkaufmann oder der Inhaber eines geringeren Gewerbes sei[40].

Als Kaufmann im Falle der Zahlungseinstellung wegen unterlassener Buchführung[41] strafbar ist übrigens nur derjenige, welcher Handelsgeschäfte für sich selbst als eigenes Gewerbe betreibt[42], nicht derjenige, welcher in dem Geschäfte eines andern thätig ist, selbst wenn er dasselbe allein führt[43], und von den an einem Geschäfte Betheiligten nur derjenige, welcher dasselbe auch nach Außen hin repräsentirt, also von Handelsgesellschaftern lediglich die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft[44] und die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft.

---

40) Vgl. Erk. des Berl. Obertrib. v. 16. Mai 1878 bei Oppenhoff, Sammlung Bd. 19 S. 261 und vom 8. Mai 1873 in Goltdammer's Archiv Bd. 21 S. 355. Die Frage, wer Vollkaufmann sei und wer als Handelsmann geringeren Gewerbebetriebes von der Pflicht zur Buchführung überhaupt befreit sei, gehört in das Handelsrecht und ist in meinem Kommentar zu Art. 10 des A. D. HGB. ausführlich erörtert. Für den Thatbestand des in §. 209 Ziff. 3 und 4 und §. 210 Ziff. 2 und 3 aufgeführten Reates bildet übrigens die gesetzliche Pflicht, Handelsbücher zu führen, ein wesentliches Begriffsmerkmal und ist daher in jedem einzelnen Falle ausdrücklich festzustellen (Erk. des Berl. Obertrib. v. 9. Februar 1876 in der Oppenhoff'schen Sammlung Bd. 17 S. 100). Ein Erkenntniß des RG. v. 28. März 1882 (Rechtsspr. Bd. III S. 169) rechnet Wein- und Cigarrenhändler, auch wenn ihr Verkehr noch so gering ist, nicht zu den Minderkaufleuten.

41) Oder Bilanzziehung vgl. §. 210.

42) Erk. des Berl. Obertribunals v. 7. Juni 1877 bei Oppenhoff Bd. 18 S. 370. In diesem Falle aber kommt es weder auf das Veranlagtsein mit einer Steuer, noch auf den Eintrag in das Handelsregister an. Erk. des RG. vom 30. April 1881 (Stfr. Entscheid. Bd. IV S. 120). Anders natürlich wenn landesgesetzlich der Eintrag im Handelsregister als Voraussetzung der Qualität eines Vollkaufmanns aufgestellt ist. Erk. des RG. v. 17. April 1880 (Stfr. Entsch. Bd. I S. 379).

43) Dagegen kann er unter Umständen nach §. 212 zu bestrafen sein.

44) Die Verantwortlichkeit des Sozius ist ausgeschlossen, wenn ihm ein Einfluß auf die Buchführung unmöglich war und er dieser Thatsache gegenüber nicht versäumt hat, die Auflösung der Gesellschaft zu beantragen; vgl. v. Holtzendorffs Ergänzungen S. 454.

Der Prokurist, Handelsgehülfe, Kommis kann deshalb, auch wenn er, um die Gläubiger seines Prinzipals zu benachtheiligen, die ihm aufgetragene Buchführung völlig unterlassen oder wenn er die Bücher absichtlich beseitigt oder schlecht geführt hat, nicht als betrüglicher Bankeruttirer bestraft werden[45]). Ich glaube auch nicht, daß er als Theilnehmer am betrüglichen Bankerutte zu beahnden ist; denn nachdem der §. 212 diejenigen mit Strafe zu bedrohenden Handlungen eines Dritten, welche im Interesse eines Gemeinschuldners vorgenommen werden, einzeln aufführt, nachdem in diesem Paragraphen die Verheimlichung und Beiseiteschaffung von Vermögensstücken, dann die Erdichtung von Forderungen genannt, die Unterlassung oder unordentliche Buchführung aber nicht genannt werden, ist meines Erachtens auch die Bestrafung einer solchen Handlung eines Dritten vom Gesetze nicht gewollt[46]). Dieselben Gründe — und hier zeigen sie sich noch schlagender — sprechen dafür, daß es eine Theilnahme am einfachen Bankerutt überhaupt nicht gibt.

Die unten zu §. 210 erörterte Frage, ob die Unterlassung der Buchführung oder die unordentliche Buchführung durch Unkenntniß oder Unfähigkeit des Kaufmanns entschuldigt werde, ist hier zu bejahen, denn wer aus Unkenntniß seiner Pflicht oder aus bloßer Ungeschicklichkeit so handelt, kann ja die Handlung nicht in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, begangen haben[47]).

45) Oppenhoff (Strafrecht 6. Aufl. S. 599 Note 17a) drückt dies hübsch so aus: „Die Voraussetzungen der Kaufmannsqualität und der Zahlungseinstellung müssen in einer Person zusammentreffen."

46) Sicherlich mit Recht. Man könnte zwar einwenden, der §. 212 betone die auf Begünstigung des Schuldners gerichtete Absicht, während §. 209 und 210 die auf Benachtheiligung der Gläubiger gerichtete Absicht hervorheben. Allein dieser Unterschied ist ein innerlicher; die Richtung des dolus beim betrüglichen Bankerutte — man stelle sich nur die Sache scharf psychologisch vor — ist beim Dritten immer auf das Interesse des Schuldners gerichtet; selbst wenn ihm wirklich nicht daran gelegen wäre, daß der Schuldner Etwas behält, sondern nur daran, daß die Gläubiger Etwas nicht bekommen, also reine (eigentlich sinnlose) Bosheit, so wäre doch auch diese Handlung insoferne „im Interesse des Schuldners" verübt, als die Absicht desselben, seine Gläubiger zu benachtheiligen, damit unterstützt und die Handlung des Dritten eben als Beihilfe (deren Begriff das Handeln in fremdem Interesse nothwendig in sich schließt) sich charakterisiren würde

47) Daß das Geschäft zur Zeit der Zahlungseinstellung nicht mehr fortgeführt wird, macht die früher unterlassene oder unordentliche Buchführung nicht straflos. Vgl. die Erk. des RG. vom 18. April 1880 (Stfr. Entscheid. Bd. IV S. 43), vom 21. April 1880 (Rechtsspr. Bd. I S. 628).

II. Der §. 210 Ziff. 3 sagt: „Handelsbücher, deren Führung ihnen gesetzlich oblag". Nun hat aber das „Gesetz", nämlich Art. 28 des A. D. HGB.[48]), die Führung von bestimmten Büchern nicht vorgeschrieben[49]), sondern nur überhaupt verfügt, daß jeder Kaufmann Bücher zu führen habe, aus denen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sei[50]). Hienach also ist die Thatfrage vom Richter zu prüfen; betrüglicher Bankerutt (und bezw. einfacher Bankerutt) liegt nur dann, aber auch dann immer vor, wenn der Schuldner absichtlich (bezw. aus Leichtsinn, Unfähigkeit oder aus irgend welchem sonstigen Grunde) keine den Stand seines Vermögens klar legende Buchführung geübt hat. Er mag dann noch so viele Bücher geführt haben, wenn man aus ihnen Nichts ersehen kann, genügen sie nicht; und er mag noch so wenige oder noch so ungewöhnliche Bücher geführt haben, wenn man aus ihnen klar wird, so sind sie genügend[51]). Eine Ausnahme von der bisher angenommenen Allgemeinheit läßt sich in zweifacher Beziehung aufstellen; einmal hinsichtlich des Kopirbuches, welches der Art. 28 Abs. 2 des A. D. HGB. ausdrücklich vorschreibt, und dann hinsichtlich des Inventars. Was den ersteren Punkt betrifft, so wird sich dieser besser bei §. 210 Ziff. 2 abhandeln lassen. Das Inventar aber, welches in Art. 29 des A. D. HGB. beim Beginne des Geschäftes und sodann alle Jahre oder alle zwei Jahre zu errichten ist, kann ich nicht, weil das Handelsgesetzbuch davon im Titel von der Buchführung handelt[52]), als einen integrirenden Bestandtheil der Buchführung, noch weniger als ein „Handelsbuch" ansehen und nur die unterlassene Führung von „Handelsbüchern" wird in §. 209 Ziff. 3 gestraft. Etwas Anderes ist es, wenn die Nichtaufnahme des anfänglichen Inventars in concreto bewirkt, daß die

48) Ich will Merkel (im Handbuche Bd. III S. 818) nicht widersprechen darin, „daß diese Verpflichtung auch durch ein Landesgesetz begründet sein könne", nehme aber im Texte auf etwaige Landesgesetze keinen Bezug, da mir solche unbekannt sind.

49) Vgl. Völderndorff und Anschütz, Kommentar zum A. D. HGB. Bd. I S. 233.

50) Vgl. das Erk. des RG. vom 30. Oktober 1880 (Rechtsspr. Bd. II S. 417, Blum's Annalen Bd. II S. 524).

51) Faktisch wird freilich ohne Kassabuch nicht leicht eine Buchführung den Erfordernissen des Art. 28 entsprechen.

52) Dies ist der Hauptgrund, weshalb das Berl. Obertribunal (vgl. Oppenhoff's Sammlung Bd. 7 S. 608, Bd. 13 S. 429, Bd. 17 S. 96) eine entgegengesetzte Praxis hatte.

Handelsbücher überhaupt keine Vermögensübersicht gewähren, dann könnte dies — wenn es absichtlich deshalb geschah — unter Ziff. 4 subsumirt werden.

m. (ihre Handelsbücher).

Die in Ziff. 3 enthaltene und unter lit. l erörterte Voraussetzung einer Pflicht zur Führung von Handelsbüchern ist auch auf Ziff. 4 herab zu beziehen; nur jene Handelsbücher sind hier gemeint, welche gesetzlich vorgeschrieben sind. Wenn es straflos ist, andere Bücher überhaupt nicht zu führen, so kann deren Beseitigung und unordentliche Beschaffenheit auch nicht mit Strafe belegt sein. Diese Ansicht stimmt mit der bisherigen Praxis des Berliner Obertribunals nicht überein (vgl. Oppenhoff, Strafrecht S. 692 Nr. 58), allein ich kann keinen Grund finden, weshalb sonst das Wort „ihre" im Gesetze stehen würde. Hiemit ist doch offenbar angedeutet, daß nicht die Vernichtung von „Handelsbüchern" überhaupt, sondern die Vernichtung solcher Bücher, welche als zum kaufmännischen Betrieb nothwendig zu erachten sind, gemeint ist[53]).

n. (vernichtet, verheimlicht oder so geführt oder verändert).

Die Vernichtung eines Handelsbuches ist dann anzunehmen, wenn dessen Inhalt nicht mehr zu erforschen ist. Ob das ganze Buch beseitigt ist oder dasselbe (z. B. durch Tinte) unleserlich gemacht wurde, kann nicht in Betracht kommen.

Es ist daher nicht als „Vernichtung des Buches" anzusehen[54]), wenn dasselbe erst nach Anfertigung einer wortgetreuen Abschrift unbrauchbar gemacht wird[55]).

Ist die Vernichtung eines Handelsbuches auch dann strafbar, wenn die in Art. 33 des A. D. HGB. für die Aufbewahrung der Bücher vorgeschriebene zehnjährige Frist abgelaufen ist? Ich glaube nicht[56]); denn

---

53) Vgl. v. Holtzendorff, Strafrecht Bd. III S. 818.

54) Erk. des Obertrib. zu Berlin vom 10. Mai 1872 (Oppenhoff, Bd. 13 S. 298).

55) Beim einfachen Bankerutt ist dies klar, beim betrüglichen Bankerutte, wenn also nachgewiesen ist, daß das Original in der Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, weggeschafft wurde, wird der Richter nicht leicht glauben, daß die Abschrift eine „wortgetreue" war.

56) Mit mir stimmt überein Rudorff-Stenglein; anderer Ansicht ist Oppenhoff, Strafrecht S. 692 Note 60. Ein Erk. des RG. v. 5. April 1883 (Rechtsspr. Bd. V S. 226) erklärt sogar die Nichtaufbewahrung von Bilanzen und Inventuren innerhalb der vorgeschriebenen Zeit nur dann

wenn das Gesetz die Vernichtung selbst gestattet, so kann die Benützung dieser gesetzlichen Befugniß durch die innere Absicht nicht zu einem Verbrechen werden.

Ueber Verheimlichung[57]) ist die Erläuterung zu lit. g zu vergleichen[58]).

Eine „Veränderung" der Bücher an sich ist mit Strafe nicht belegt; erst diejenige Veränderung wird criminell, welche den Zweck, den die Buchführung erfüllen soll, vereitelt. Ob diese böse Absicht dauernd erreicht wurde, kommt nicht in Betracht. Gesetzt, es hat der Gemeinschuldner einige Blätter herausgerissen, die sich später wieder finden oder durch andere Behelfe ihrem Inhalte nach wieder ersetzt werden können, so ist er durch diese nachträglichen Momente doch nicht entschuldigt. Noch weniger natürlich, wenn es z. B. gelingt, die Veränderung durch chemische Mittel undbergl. wieder zu beseitigen.

o. (daß dieselben keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren).

Im I. E. hieß es: „des Vermögensstandes"; die im Gesetze enthaltene Aenderung deutet an, daß es nicht genügt, wenn aus den Büchern zwar im Allgemeinen der Stand des Vermögens hervorgeht (z. B. daß eine beträchtliche Ueberschuldung vorliege u. dergl.), sondern es muß der Zustand, das heißt die Beschaffenheit des Vermögens im Einzelnen sich entnehmen lassen. Die Grenze bildet die allgemeine kaufmännische Uebung; es muß das aus den Büchern hervorgehen, was nach der herkömmlichen kaufmännischen Buchführung aus ihnen hervorgehen soll[59]).

---

für strafbar, wenn darin eine Vernichtung des Handelsbuches gefunden werden muß.

57) Alternative Befragung der Geschworenen, ob der Gemeinschuldner seine Bücher vernichtet oder verheimlicht habe, ist nach einer Entscheid. des Berl. Obertrib. v. 15. Sept 1858 zulässig.

58) Als Beweis einer beabsichtigten „Verheimlichung" ist der Umstand allein nicht genügend, daß der Gemeinschuldner den ihm nach §. 92 der KO. etwa ertheilten Auftrag, die Bücher vorzulegen, nicht sofort erfüllt. Anders Oppenhoff auf Grund eines Obertribunal-Erkenntnisses.

59) Vgl. die Erläuterungen zu §. 210 lit. e.

§. 210.

Einfacher Bankerutt.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben [a]), oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen einfachen Bankerutts mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft [b]), wenn sie

1) durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren [c]) übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind [d]),
2) Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben, daß sie keine Uebersicht ihres Vermögensstandes gewähren [e]), oder
3) es gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen [f]).

I. E. §. 258; II. E. §. 210; RStGB. §. 283; Bayr. StGB. v. 1861 Art. 328.

a. (welche ihre Zahlungen eingestellt haben).

Ueber die beiden Voraussetzungen der Zahlungseinstellung und der Konkurseröffnung siehe lit. a und b zu §. 209.

b. (werden wegen einfachen Bankerutts mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft).

Das Verschuldungsmoment des einfachen Bankerutts [1]) liegt lediglich in der Nichtbeachtung der in §. 210 gegebenen Vorschriften [2]); zu seinem Thatbestande wird nicht ein besonderer Nachweis der Benachtheiligung der Gläubiger und auch nicht (wie beim betrüglichen Bankerutte) eine hierauf

---

1) Der einfache Bankerutt heißt auch hie und da „fahrlässiger“ oder auch „muthwilliger“, vgl. v. Holtzendorff, Rechtslexikon s. v. „Bankerott“. Im Grunde enthalten sämmtliche im §. 210 spezifizirten Thatsachen mehr ein „muthwilliges Schuldenmachen“, ein leichtsinniges Kreditnehmen und der Reat würde verständlicher so genannt.

2) Vgl. das Erk. des Berl. Obertrib. v. 4. Dez. 1877 bei Oppenhoff (Bd. 18 S. 765) und die vielfachen in Oppenhoff's Strafrecht zu §. 210 Nr. 2 S. 694 aufgeführten Präjudizien.

gerichtete Absicht erfordert[3]). Die Benachtheiligung liegt schon in der Thatsache der Zahlungseinstellung beziehungsweise Konkurseröffnung und der dadurch herbeigeführten Nichtbefriedigung oder nicht rechtzeitigen Befriedigung der Gläubiger. Demnach genügt, um einen Schuldner nach §. 210 strafen zu können, daß ihm eine der in Ziff. 1—3 bezeichneten Handlungen nachgewiesen ist und daß er effektiv insolvent (Zahlungseinstellung, Konkurseröffnung) erscheint. Ein Beweis, daß die fraglichen Handlungen auf die Insolvenz Einfluß hatten, ein Kausalzusammenhang ist nicht gefordert. Die Ausrede, das Verfahren des Schuldners sei bedeutungslos für das Resultat gewesen, die Zahlungseinstellung sei z. B. auch bei ordentlicher Buchführung unausbleiblich gewesen, ist nicht zuzulassen[4]). Ein Bewußtsein der Zahlungsunfähigkeit zur Zeit der fraglichen Handlungen ist nicht nothwendige Voraussetzung (wie bei §. 211); und was die Zeit selbst betrifft, so kommt Nichts darauf an, ob die Zahlungseinstellung, beziehungsweise Konkurseröffnung den unter Ziff. 1—3 fallenden Akten voraus- oder nachging. Daß indessen der Schuldner nicht strafbar ist, wenn die Zahlungseinstellung nur eine momentane war und die Gläubiger überhaupt keinen Nachtheil erleiden, wurde bereits oben (S. 14) erörtert[5]).

---

3) Der Reat ist indessen kein bloßes „Fahrlässigkeits-Delikt". „Indem das Gesetz eine Reihe sehr verschieden gearteter Handlungen und Unterlassungen als einfachen Bankerutt unter Strafe stellt, liegt solcher Strafandrohung wohl der gesetzgeberische Gedanke zu Grunde, daß jene Handlungen und Unterlassungen als Kriterien einer leichtsinnigen, verschwenderischen, unordentlichen Geschäftsführung erfahrungsgemäß in einem ursachlichen Zusammenhange zum Bankbruch zu stehen pflegen; diesen ursachlichen Zusammenhang aber, der sich überdies nach den unberechenbaren Wechselfällen des Verkehrslebens meist jedem zweifellosen Nachweise entzieht, erfordert das Gesetz nicht als Merkmal des objektiven Thatbestandes, folglich auch nicht als Merkmal des subjektiven Thatbestandes, sei es als vorsätzliche, sei es als fahrlässige Verschuldung gedacht. — Ebenso verfehlt ist jeder Versuch, die konkreten (in §. 210 der KO. spezialisirten) Bankeruttshandlungen als solche, also ohne Rücksicht auf ihren Erfolg aufgefaßt, vom Gesichtspunkte des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit generell charakterisiren zu wollen." Erk. des RG. vom 17. September 1881 (Blum, Annalen Bd. IV S.293, Strfr. Entscheid. Bd. IV S. 418 ff.). Gleiche Grundsätze im Erk. v. 15. Februar 1881, v. 11., 17. u. 28. Januar 1882 in der Rechtssprech. Bd. III S. 49 und IV S. 35, 48 u. 92.

4) v. Holtzendorff, Strafrecht Bd. III S. 824.

5) Ebenso sind die in §§. 51 ff. des RStGB. aufgeführten Strafausschließungs-

c. (Aufwand, Spiel oder Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren).

Das Gesetz sieht ein strafbares Verhalten darin, daß ein Kaufmann oder Nichtkaufmann den Kredit muthwillig zum Nachtheile der ihm Vertrauenden in Anspruch nimmt und dadurch Treu und Glauben verletzt, auf deren strikter Beobachtung Handel und Wandel beruht[6]). Aber während andere Gesetzgebungen das Kriterium der „muthwilligen Kreditanspannung" ziemlich unbestimmt und dadurch richterlicher Willkür einen meist zu weiten Spielraum lassen, ist die KO. sehr genau in der Definition und schränkt die strafbaren Fälle auf ein Minimum ein. Vor Allem macht unser Gesetz nicht den Fehler, sich um die moralischen Gründe des Vermögensverfalls zu bekümmern; es straft nicht[7]) eine ungeschickte, thörichte, eine nachlässige Geschäftsgebahrung. Dafür ist die Verarmung selbst Strafe genug. Aber der Gesetzgeber geht mit richtigem Blick noch weiter. Während das Bayr. StGB. v. 1813[8]) jedes Fortarbeiten unter „arglistiger Verheimlichung der Zahlungsunfähigkeit" als betrügliches Schuldenmachen erklärte und dieses Fortarbeiten nur dann straflos ließ, wenn der Schuldner „bei erweislich bestimmten und wahrscheinlichen Aussichten auf Verbesserung seines Zustandes seinen noch übrigen Kredit ohne Entdeckung seiner Vermögensumstände" benützte; während das Bayr. StGB. von 1861[9]) und selbst noch der I. E. §. 258 Ziff. 4 wenigstens jedes

---

gründe auch dem einfachen Bankerutt gegenüber prinzipiell anwendbar. Vgl. das in Note 3 citirte RG. Erkenntniß.

6) Um diese Voraussetzung der Strafbarkeit als gegeben erscheinen zu lassen, wird aber ein eigenes Thun des Schuldners erforderlich sein. (Anders bei Ziff. 2 u. 3.) Wenn der Prokurist an der Börse (für das Geschäft) spielt, muß zwar der Prinzipal civilrechtlich die Folgen tragen, aber wenn er gar Nichts gewußt hat, ist er nicht strafbar. Wenn einer der Gesellschafter vertragswidrig und ohne Wissen des Andern durch übermäßigen Geschäftsaufwand die Zahlungseinstellung herbeiführt, kann der unschuldige Sozius nicht wohl als Bankeruttirer behandelt werden.

7) Wie das Bayer. StGB. v. 1861 (Art. 328 Ziff. 2) gethan, daß etwa der Schuldner „durch Vernachlässigung seines Geschäftes" zahlungsunfähig geworden, denn wo ist da das klare Moment der Verschuldung?

8) Art. 273 und 274. Der I. E. war sogar noch strenger; er belegte in §. 259 Ziff. 2 mit Strafe „Schuldner, welche unter Verschweigen ihrer Vermögenslage Jemand dazu veranlaßt haben, daß er ihnen Kredit gebe".

9) Art. 328. Ebenso das Pr. StGB. von 1851 und das Kriminalrecht von Hamburg und von Bremen.

Fortarbeiten dann als strafbar ansah, wenn der Schuldner wußte oder wissen mußte, daß sein Vermögen nicht mehr die Hälfte der Schulden decke, geht unser Gesetz (in Uebereinstimmung mit den bisherigen Bestimmungen des RStGB.) davon aus, daß es Jedermann frei stehen müsse, so lange als möglich aus dem drohenden Ruine sich herauszuarbeiten, daß man Niemanden zumuthen könne, seine traurige Lage öffentlich zu machen, daß vielmehr in zahlreichen Fällen das Eingehen neuer Verbindlichkeiten, ja selbst ein Veräußern von Werthobjekten unter dem gewöhnlichen Preise Seitens eines bereits Ueberschuldeten zum Vortheile der Gläubiger gereichen und unter Umständen den strengsten Anforderungen kaufmännischer Geschäftsführung entsprechen können[10]. Nur den ganz greifbaren und äußerlich leicht nachweisbaren Fall will das Gesetz strafen, daß eine leichtsinnige und übermäßige, eine unreelle und allgemein als verwerflich angesehene Verwendung der von Dritten dargebotenen Mittel stattgefunden hat, wenn der Kredit nicht zum Geschäft, sondern zu Aufwand und Spiel in Anspruch genommen wurde.

Unter Aufwand sind sämmtliche Auslagen zu (abstrakt) berechtigten oder unberechtigten Zwecken, für den Schuldner selbst, für seine Familie, für sein Haus und insbesondere auch für sein Geschäft zu verstehen. Als übermäßig aber erscheint ein Aufwand für das Geschäft dann, wenn die geschäftlichen Ausgaben, die durch den Umfang und die Leistungsfähigkeit des Geschäftes gesteckten Grenzen übersteigen und mit dem thatsächlich vorhandenen Geschäftsvermögen in keinem angemessenen Verhältnisse stehen, für den Haushalt aber dann, wenn die Einnahmen den Ausgaben in erheblicher Weise und dauernd nicht entsprechen. Die sociale Stellung ist hiebei nicht unbedingt entscheidend; der Schuldner muß sich eben unter Umständen einschränken[11].

Als Spiel ist jedes Geschäft anzusehen, welches den besonderen Charakter hat, daß Gewinn oder Verlust je nach der Gestaltung eines ungewissen Umstandes beabsichtigtermaßen eintritt und dieses Wagniß den Zweck der Geschäftseingehung bildet. Es gehören daher unzweifelhaft auch „Wetten“ hierher[12]. „Spielen“ allein ist aber nicht zum Thatbestande genügend, es muß das Spiel zum Verbrauche übermäßiger Sum-

---

10) Motive zum II. E. S. 461.

11) Vgl. die Erk. des RG. vom 5. Oktober 1882, (Stfr. Entsch. Bd. VII S. 91 u. Rechtsspr. Bd. IV S. 727, Blum Bd. VI S. 322), vom 27. Mai 1884 (Rechtsspr. Bd. VI S. 383), dann vom 24. Juni 1884 (Rechtsspr. Bd VI S. 472).

12) Denn wie Puchta, Pandekten §. 258 Note n treffend sagt: „Spiele sind Complexe von zusammenhängenden Wetten“.

men geführt haben. Spielverlust ist demnach (vgl. das in Goltdammer's Archiv Bd. 20 S. 558 abgedruckte Erk. des Berl. Obertribunals) das Charakteristische. Man könnte nun das Wort „Spiel" in §. 210 Ziff. 1 auf die Worte: „mit Waaren oder Börsenpapieren" beziehen und sonach nur ein sogenanntes „Börsenspiel" als strafbar erklären wollen[13]); allein ich schließe mich der Ansicht an[14]), daß alle Arten von „Spiel", insbesondere auch Glücksspiele[15]) hierunter begriffen sind, denn sonst wäre der beigesetzte Ausdruck „Differenzhandel", der ja im Ausdruck „Börsenspiel" mit inbegriffen ist, rein überflüssig gewesen[16]). Blos „gewagte" Geschäfte sind unter dem „Spiel" nicht begriffen; indessen wird es Sache der richterlichen Feststellung sein, ob ein konkretes Geschäft z. B. in Werthpapieren nur als ein gewagtes Geschäft oder als ein wirkliches „Börsenspiel" sich charakterisirt.

Differenzgeschäfte sind solche Geschäfte, welche nicht einen wirklichen Handel, sondern nur den Gewinn oder Verlust einer Differenz zum Zwecke haben, bei denen also nicht die effektive Lieferung einer Waare (oder von Werthpapieren), sondern die Bezahlung des nach Ablauf einer bestimmten Zeit höher oder niedriger gewordenen Preises Vertragsgegenstand ist[17]). Indessen erschöpft dies den Begriff des Differenzhandels im

---

13) So Schwarze, Kommentar S. 718 u. Puchelt, Strafgesetzbuch §. 210 Note 4.

14) Vertreten von Merkel (in v. Holtzendorff's Strafrecht Bd. III S. 825) u. Oppenhoff, Strafrecht zu §. 210 S. 694 Nr. 6, v. Sarwey S. 740.

15) Aber nicht blos Glückspiele im Sinne von Hazardspielen. Wenn Jemand im Tarock, im Whist, selbst im Billard- oder Schachspiel in unsinniger Weise das Geld seiner Gläubiger verspielt, wird er mit gutem Grund gestraft werden.

16) Ein Erk. des Obertribunals v. 3. April 1879 (bei Goltdammer Bd. 27 S. 467 abgedruckt) sagt dagegen:

„Während unter „Differenzhandel" Geschäfte verstanden werden, denen nur scheinbar ein Kauf- oder Lieferungsvertrag zu Grunde liegt, bei denen aber in Wirklichkeit nur eine Ausgleichung der sich am Verfall- oder Nachtage herausstellenden Preis- oder Kurs-Differenz beabsichtigt ist, können Waaren- und Börsenpapiere, auch wenn sie wirklich geliefert werden, Gegenstand eines Spieles auch in soferne sein, als lediglich die Eingehung eines gewagten Geschäftes beabsichtigt wird, bei welchem der Kaufpreis den Einsatz bildet und Gewinn und Verlust von dem noch ungewissen Kurswerth abhängt, den die Waaren oder das Papier in Zukunft haben wird." Allein solche Geschäfte sind nach der im Leben üblichen Ansicht ebenauch nur „Differenz-Geschäfte".

17) Vgl. das in der vorigen Note abgedruckte Präjudiz und dagegen die in Note 18 zitirten Erkenntnisse.

Sinne des Strafgesetzes nicht. Denn für die Strafbarkeit bleibt es gleichgültig, ob das Geschäft nur den Anspruch auf Differenz begründe oder neben demselben auch derjenige auf reale Erfüllung bestehen soll, soferne diese letztere zu fordern die Kontrahenten zwar berechtigt, aber von vorneherein nicht Willens sind, und soferne es thatsächlich den kontrahirenden Theilen oder einem von beiden nur um die Differenz zu thun ist[18]), was indessen außer Zweifel stehen muß. Es kann sowohl ein einzelnes Geschäft, als eine Reihe von Geschäften „Differenzhandel" sein. Ob der Verlust im Differenzhandel ein verschuldeter oder ein unverschuldeter (durch unvorhergesehene Zwischenfälle herbeigeführter) war, ist auf die Strafbarkeit ohne Einfluß[19]), denn diese liegt im übertriebenen Differenzhandel an sich, in einem den Vermögensverhältnissen nicht entsprechenden Risiko, welches Jemand, der mit fremdem Gelde arbeitet, nicht übernehmen soll.

d. (übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind).

Nicht der Aufwand, das Spiel, der Differenzhandel ist das strafbare Reat, sondern der Verbrauch übermäßiger Summen in solcher Art. Daraus folgt, daß es eine Strafhandlung bleibt, daß der Schuldner nur eines Vergehens des einfachen Bankeruttes schuldig bleibt, wenn er auch hundertmal gespielt, wenn er hundert Differenzgeschäfte eingegangen, wenn er sowohl im Essen und Trinken wie in der Art seines Geschäftsbetriebes Verschwendung getrieben hatte.

Was „übermäßig" sei, ist Thatfrage; die Beurtheilung richtet sich nach der wirklichen Vermögenslage[20]. Ein Erkenntniß des OAG. zu Dresden[21]) erklärt es als übermäßigen Geschäftsaufwand, wenn derselbe den zu erwartenden Reingewinn übersteigt. Allein ich erachte dies für zu casuistisch gegriffen; einestheils kann unter Umständen ein Leben, das den Gewinn Null für Null aufgehen macht, schon ein übermäßig leichtsinniges sein, anderntheils ist nicht jede Ueberschreitung der Einnahme schon genügend, um als übermäßiger Aufwand zu erscheinen. (Vgl. S. 30.)

18) Erk. des RG. vom 31. März 1880 (Entscheid. Bd. II S. 282, Rechtsspr. Bd. I S. 526 u. Blum's Annalen Bd. I S. 27), vom 10. April 1880 (Rechtsspr. Bd. I S. 563), vom 25. Mai 1882 (Rechtsspr. Bd. IV S. 516 u. Blum's Annalen Bd. VI S. 93).

19) Erk. des Berl. Obertrib. v. 8 Sept. 1871 in Oppenhoff's Sammlung Bd. 12 S. 435.

20) Die Einrede des Schuldners, er habe sich für reicher gehalten, er habe gemeint, sein Geschäft trage es und dergleichen, ist nicht zulässig. Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts Bd. III S. 824.

21) Abgedruckt in der Sächsischen Gerichtsztg. v. 1858 S. 215 (Schwarze).

Daß übrigens das Uebermaß nicht davon abhängt, ob die Zahlungseinstellung durch sie hervorgerufen wurde, ist schon oben bemerkt worden. Noch weniger kommt es darauf an, ob der Schuldner vorausgesehen hat, daß sein Aufwand, sein Spiel, sein Differenzhandel ihn ruiniren müsse.

e. (Handelsbücher ...... keine Uebersicht .... gewähren).

I. Diese Ziffer 2 unterscheidet sich von dem Inhalte der Ziff. 3 und 4 des §. 209 durch zwei Worte. Daß es oben heißt; „des Vermögenszustandes" und hier: „ihres Vermögenszustandes" scheint mir lediglich ein Schönheitsfehler zu sein[22]). Kritischer ist die zweite Abweichung: während es oben heißt: „vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert haben" lautet der Satz in §. 210: „verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben". Man könnte also glauben, eine „Veränderung" der Bücher sei nach §. 210 straflos, während eine blos „unordentliche" Führung zwar im Falle des §. 210, nicht aber im Falle des §. 209 mit Strafe bedroht sei.

Beide Annahmen halte ich für irrig. Was vor Allem das Letztere betrifft, so ist eben jede Führung, welche bewirkt, daß die Bücher keine Vermögensübersicht mehr gewähren, eine „unordentliche"; dies ist dadurch, daß in §. 210 derselbe Beisatz wie in §. 209 gemacht ist, konstatirt. Was aber die „Veränderung" betrifft, so liegt in der Vornahme einer solchen Veränderung zugleich eine „unordentliche Führung" und wenn also die Veränderung bewirkt, daß die Vermögenslage aus den Büchern nicht mehr entnommen werden kann, so fällt deshalb die Veränderung unter §. 210 Ziff. 2.

II. Während beim betrüglichen Bankerutte die Nichtbeobachtung der die Führung von Handelsbüchern betreffenden Vorschriften in der Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, ihren Grund gehabt haben muß, ist der einfache Bankerutt durch die nackte Thatsache der Nichtbeobachtung begründet; eine böse Absicht oder auch nur Fahrlässigkeit ist nicht erst nachzuweisen, selbst Unkenntniß[23]) und Irrthum entschuldigt nicht. Insbesondere wird der Schuldner dadurch nicht straflos, daß er sich seiner Pflicht zur Buchführung, seiner Kaufmannsqualität nicht bewußt war[24]).

---

22) Im I. E. war noch überdies das Wort „völlige" vor Uebersicht eingeschaltet, was noch mehr Anlaß zu Zweifeln gegeben hätte. Im RStGB. heißt es beide Male „des", die übrigen Ungleichheiten der Diktion sind aber bereits in ihm enthalten gewesen.

23) Erk. des Berliner Obertribunals vom 2. Juni 1871 bei Oppenhoff Bd. 12 S. 300.

24) Eine Nichtigkeitsbeschwerde, darauf gestützt, der Verurtheilte habe sich wegen

Es wäre denn, daß der Irrthum ein thatsächlicher, entschuldbarer ist[25]). Die eigene Unfähigkeit zur Erfüllung der gesetzlichen Pflicht überhebt den Kaufmann nicht der Verantwortlichkeit für die Handlungen und Unterlassungen seines Vertreters[26]); überhaupt darf sich der Verpflichtete nicht auf den Vertreter verlassen; der Prinzipal kann nicht sagen: ich habe ja einen gelernten Buchführer aufgestellt[27]); der Gesellschafter, welcher von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossen ist[28]), haftet, wenn auch nicht

---

Geringfügigkeit seines Geschäftsumsatzes von Führung der Bücher befreit erachtet, wurde vom Obertribunal zurückgewiesen (Erk. v. 10. Sept. 1873 bei Oppenhoff Bd. 14 S. 523). Ebenso hat wiederholt das RG entschieden; Erk. v. 1. Februar 1882 u. 8. Februar 1883 (Strfr. Entscheid. Bd. V S. 407, Bd. VIII S. 149) u. Erk. v. 11. Juni 1883 (Rechtsspr. Bd. V S. 425).

25) Z. B. der Inhaber des Geschäftes führt es nicht selbst und es ist ihm der Umfang nicht bekannt. Erk. des RG. vom 28. Januar 1882 (Rechtsspr. Bd. IV S. 92). Vgl. auch das Erk. v. 1. Februar 1882 (Rechtsspr. Bd. IV S. 104), welches den Fall behandelt, daß der Gemeinschuldner mehrere Geschäfte hat, von denen nur einzelne zur Buchführung verpflichten, u. jenes v. 28. März 1881 (Strfr. Entscheid. Bd. IV S. 281), wenn es sich um ein Nebengeschäft handelt.

26) Vgl. das Erk des Berl Obertrib. v. 4. Dezember 1877 (Oppenhoff Bd. 18 S. 765). Ein Erk. des RG. v. 7. Januar 1880 (Strfr. Entscheid. Bd. I S. 49 u. Rechtsspr. Bd. I S. 197) sagt:

„Stand der Gemeinschuldner mit einem Andern in offener Handelsgesellschaft, so entband ihn die Uebertragung der Buchführung an letzteren nicht von der ihm als Gesellschafter obliegenden pflichtmäßigen Sorge für eine den Vorschriften des A. D. HGB. entsprechende Buchführung, und war er selbst zu einer Kontrole seines Gesellschafters nicht in der Lage, so boten sich ihm anderweitige Hilfsmittel, z. B. Inanspruchnahme eines Bücherrevisors u. s. w." Vgl. auch das Erk. vom 17. November 1880 (Rechtsspr. Bd. II S. 523) und ferner Blum's Annalen Bd. IV S. 296, Bd. V S. 246 u. 250.

27) Erk. des RG. vom 17. September 1881 (Strfr. Entsch. Bd. IV S. 418): „Es ist gewiß und bedarf keiner weiteren Ausführung, daß das Gesetz schlechterdings nicht gestattet, die von ihm den Kaufleuten auferlegten Pflichten der Buchführung und Bilanzziehung willkürlich dergestalt auf andere Schultern abzuwälzen, daß damit die eigene Verantwortlichkeit aufgehoben wird. Es hieße dem Gesetz völlig illusorische Vorschriften unterstellen, wenn es genügen sollte, durch Annahme eines tauglich erscheinenden Buchhalters jene kaufmännischen Pflichten erfüllt zu haben."

28) Auf den Kommanditisten findet dies keine Anwendung, vgl. Anschütz und Völderndorff, Kommentar zum A. D. HGB. Bd. II Abth. 2 (zweite Aufl.) S. 41.

er selbst, sondern der Mitgesellschafter sich verfehlt[29]). Indessen wird hier nur eine „Unfähigkeit" in abstracto wegen mangelnder Kenntniß, zu großen Geschäftsumfanges und dergleichen[30]), nicht aber eine konkrete Unfähigkeit wegen Krankheit[31]), entschuldbarer Abwesenheit[32]) und dergleichen weiter gemeint sein können.

III. Die Ziffer 2 des §. 210 enthält zwei Alternativen. Nach der einen Ansicht[33]) wäre der Reat nur dann perfekt, wenn keine der beiden Alternativen positiv gegeben ist; das heißt, wenn ein Kaufmann zwar nicht alle vom Gesetze vorgeschriebenen Bücher geführt hat, allein aus den von ihm geführten läßt sich sein Vermögenszustand vollständig ersehen, so soll er straflos sein[34]). Nach der anderen Ansicht ist der Reat des einfachen Bankeruttes ein formales Vergehen; jede Zuwiderhandlung gegen die formalen Vorschriften des Handelsgesetzbuches soll, wenn zugleich durch Zahlungseinstellung oder Konkurs die Gläubiger geschädigt sind, dem Schuldner, — „weil er leichtsinniger Weise den Kredit mißbraucht hat" — Strafe zuziehen[35]). Ich schließe mich der letztern Ansicht an.

---

29) Das heißt, wenn nicht durch außer der Möglichkeit einer Abstellung liegende Umstände (z. B. durch hinter dem Rücken des Gesellschafters vom Sozius getroffene Dispositionen) die Unordnung in die Buchführung gerathen ist. Vgl. das Erk. des Berliner Obertrib. v. 27. Februar 1879 bei Goltdammer Bd. 27 S. 377 und auch Erk. des RG. vom 7. Januar 1880 in Note 19.

30) Denn hier nur findet der Grund jener Entscheidung Boden, „daß Angeschuldigter, wenn er nicht genügende Kenntniß in der Buchführung besitzt, die kaufmännischen Geschäfte hätte unterlassen sollen".

31) Wenn der Kaufmann, um den es sich handelt, blind geworden ist und sein Prokurist führt die Bücher schlecht und arbeitet überhaupt so, daß die Firma bankerutt wird, wird wohl kein Richter den Erblindeten als verantwortlich erachten.

32) Z. B. der Kaufmann wird bei einer Mobilisirung plötzlich abgerufen; er findet in der Eile keinen tüchtigen Geschäftsführer, seine Frau schreibt tant pis que mal ein, und das Geschäft geht zu Grund. Sollte der Abwesende ein Bankeruttirer sein? Ich glaube, sicher nicht.

33) Vgl. z. B. das Erk. des Berl. Obertribunals vom 23. Januar 1878 (Oppenhoff, Bd. 19 S. 31). Eben von diesem Standpunkt scheint das RG. in dem Erk. vom 30. Oktober 1880 auszugehen. Strfr. Entscheid. Bd. VII S. 77.

34) In dem in obiger Note citirten Falle hatte der Bankeruttirer kein Kopirbuch geführt.

35) Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts Bd. III S. 825. In diesem Sinne hat sich ein bei Oppenhoff (Sammlung Bd. 12 S. 39) abgedrucktes Erk. des Obertribunals vom 18. Januar 1871 ausgesprochen,

Wer kaufmännische Geschäfte treiben will, muß seine Pflichten als Kaufmann erfüllen; beschädigt er die Kreditgeber, so kann man nicht erst untersuchen, ob er sie auch dann nicht befriedigt hätte, wenn er alle seine Pflichten erfüllt haben würde[36]). Genug, wenn die zwei Momente vorliegen: Schädigung seiner Kreditgeber und Nichtbeachtung einer handelsrechtlichen Vorschrift über die kaufmännische Geschäftsführung. Letztere macht ihn zwar nicht zum Betrüger, läßt ihn aber als leichtsinnigen Menschen erscheinen, und daher ist er der Strafe verfallen.

Während nun im Allgemeinen das A. D. HGB. keine bestimmten Bücher vorschreibt, die geführt werden müssen, und in dieser Hinsicht also allerdings der Fall einer Unterlassung nur vorliegt, wenn gar kein Buch geführt worden ist, ordnet der Art. 28 Abs. 2 ausnahmsweise die Führung eines Buches, nämlich des Briefcopirbuches, ausdrücklich an. Die Nichtführung dieses Buches ist also immer ein Fehler; das heißt, ist sie Folge von Leichtsinn, so ist einfacher Bankerutt, ist sie in der Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, geschehen, so ist betrüglicher Bankerutt vorhanden.

Was nun die andere Alternative betrifft, so genügt es zum Thatbestande nicht, wenn Fehler in der Buchführung vorkommen, wenn die Uebersicht des Vermögenszustandes blos erschwert ist, sondern es muß überhaupt unthunlich sein, diese daraus zu entnehmen[37]). Dagegen kann sich der Gemeinschuldner, wenn diese Uebersicht durch in frühere Zeit fallende Unordentlichkeit herbeigeführt ist, damit nicht entschuldigen, daß zur Zeit der Zahlungseinstellung die Bücher ordentlich geführt wurden[38]). Es genügt zur Strafbarkeit, wenn überhaupt einmal die Bücher so unordentlich geführt worden sind, daß sich die Geschäftslage nicht mehr übersehen ließ.

---

mit Recht sei die Nichtführung der Bücher in den letzten Monaten bestraft worden, obwohl dieselben nachträglich aus den Korrespondenzen sich ergänzen ließen.

36) Man kann nie wissen, ob nicht gerade die Unterlassung der Führung eines Kopirbuches, eines Waarenscontro u dgl. Veranlassung war, daß der betreffende Kaufmann über seine Geschäftslage in Unkenntniß blieb und daher seinen Kredit noch zu einer Zeit anstrengte, wo er bereits insolvent war.

37) Erk. des RG. vom 23. u. 30. Oktober 1880 (Rechtsspr. Bd. II S. 376, 417); vom 17. November 1880 (Rechtsspr. Bd. II S. 523).

38) Vgl. die Erk. des RG. vom 12. April und 21. November 1881 (Rechtsspr. Bd. III S. 190 u. 720 und Strfr. Entsch. Bd. V S. 415, Blum's Annalen Bd. III S. 476).

Der Umstand, daß nachträglich Ordnung geschafft wurde und im Moment der Zahlungseinstellung die Sachlage sich klar gestellt findet, befreit zwar den Schuldner von der Strafe des betrüglichen Bankerutts, aber der §. 210 Abs. 2 fordert keinen Kausalzusammenhang zwischen der unordentlichen Buchführung und Zahlungseinstellung, sondern straft die leichtfertige Handlungsweise als solche, soferne die im Momente der Zahlungseinstellung obwaltenden rechtlichen Beziehungen nur überhaupt noch in jene Periode der unordentlichen Buchführung zurückreichen.

f. (es gegen die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen).

Der Art. 29 des A. D. HGB. gebietet dem Kaufmann[39]) die Aufstellung einer Bilanz beim Beginne seines Gewerbes und demnächst in jedem Jahre[40]). Die Bilanz besteht in dem Abschlusse des Inventars[41]), welcher das Verhältniß des Vermögens und der Schulden darstellt[42]), sie wird mit Recht der Prüfstein des kaufmännischen Etablissements genannt[43]), sie enthält das Resultat der Geschäftsführung und entscheidet über die

---

39) Nur dem sog. Vollkaufmann; Handelsleute von geringerem Gewerbebetrieb, welche nach Art. 10 des A. D. HGB. von der Pflicht, Bücher zu führen, dispensirt sind, sind auch der Pflicht, Bilanz zu ziehen, nicht unterworfen.

40) Zur alljährlichen Aufstellung einer Bilanz ist der Kaufmann auch dann verpflichtet, wenn es der Aufnahme eines Inventars nur alle zwei Jahre bedarf. Erk. des Berl. Obertrib. vom 23. Januar 1872 und 14. Juli 1875 (Oppenhoff Bd. 14 S. 78 und Bd. 16 S. 545) und ausführlich motivirt in Bd 18 S. 182 u. 332. Ebenso RG.-Erk. vom 13. Februar und 13. März 1880 (Rechtsspr. Bd. I S. 354 u. 467), v. 17. April 1880 u. 28. Juni 1882 (Blum Bd. I S. 562 u. Bd. VI S. 75). Auch das Unterlassen der Bilanzziehung beim Beginn des Geschäftes begründet den Reat des §. 210 Ziff. 3 nach Erk. des RG. vom 12. April 1882 (Blum, Annalen Bd. V S. 416 u. Rechtsspr. Bd. IV S. 316).

41) Hieraus ergibt sich schon, daß die Aufstellung des Inventars als Basis der Bilanz nicht unterbleiben darf. Der Kaufmann also, welcher sein Geschäft beginnt, ohne der Pflicht des Art. 29 zu genügen, ohne ein genaues Inventar zu verfertigen, riskirt stets, wenn seine Hoffnungen sich nicht erfüllen, wenn er in Konkurs geräth, als einfacher Bankeruttirer zu erscheinen. Nicht weil die Inventur zur Buchführung gehört, wohl aber, weil er ohne Inventar keine Bilanz ziehen kann. Vgl. auch Erk. des RG. v. 21. Juni 1882 (Blum Bd. VI S. 76).

42) Vgl. Abth. II S. 277.

43) Völderndorff u. Anschütz, Kommentar zum A. D. HGB. Bd. I S. 236.

Lebensfähigkeit der Firma. Deshalb ist der Kaufmann, der seine Lage nicht prüft, ein leichtsinniger und muthwilliger Schuldenmacher[44]) und fällt, wenn er hiedurch Andere beschädigt, mit Recht dem Strafgesetz anheim.

Einfacher Bankerutt also ist es, wenn der Gemeinschuldner[45]) entweder nicht beim Beginne seines Gewerbes ooer nicht alljährlich[46]) oder nicht in einer den Vermögensstand deutlich machenden Weise sein Vermögen bilanzirt hat[47]). In dieser letzten Beziehung finden alle oben (S. 33) gegebenen Bemerkungen gleichfalls Anwendung; Ungeschicklichkeit, Uebertragung an unfähige Gehilfen, Meinung, man sei nicht verpflichtet, u. s. w. entschuldigt nicht.

Von selbst versteht sich, daß die Bilanz in kaufmännischer Weise gezogen sein muß, sonst ist sie eben keine „Bilanz"[48]). Bloße Aufzeich-

---

44) Wenn die Bilanz nur deshalb unrichtig ist, weil sie das Ergebniß von unrichtig geführten Büchern ist, so kann nur wegen der letzteren Thatsache Bestrafung erfolgen. Erk. des Berliner Obertrib. vom 30. Juni 1871 (Oppenhoff Bd. 12 S. 358) und Erk. des RG. vom 26. Juni 1882 (Rechtsspr. Bd. IV S. 591, Blum Bd. VI S. 76).

45) Vorausgesetzt, daß er Kaufmann im Sinne der Erl. zu §. 209 lit. f gewesen ist.

46) Das Berliner Obertribunal hat in einem bei Oppenhoff (Bd. 19 S. 68) abgedruckten Erkenntnisse vom 12. Februar 1878 ausgesprochen, daß schon die einmalige Unterlassung der Bilanzziehung zum Thatbestande des einfachen Bankeruttes genüge, wenn auch in den folgenden der Zahlungseinstellung unmittelbar vorhergehenden Jahren wieder regelmäßig Bilanz gezogen worden sei. Das „alljährlich" heißt übrigens nicht: „in jedem Kalenderjahre", sondern „in jedem Zeitjahre". Diese von mir im Kommentare z. A. D. HGB. (Bd. I S. 237) vertretene Ansicht wurde gebilligt im Erk. d. RG. v. 2. Dez. 1879 (Rechtsspr. Bd. I S. 129). Natürlich ändert sich dies, wenn der Kaufmann z. B. vom 1. August 1880 sein Geschäft beginnt und am 31. Dezember 1880 eine Zwischenbilanz zieht. In diesem Falle braucht er nicht am 1. August 1880 nochmals zu bilanziren, sondern kann bis 31. Dezember 1881 warten. Vgl. Erk. des RG. vom 30. Oktober 1880 (Rechtsspr. Bd. II S. 417), v. 21. Juni 1882 (Rechtsspr. Bd. IV S. 592). Daß übrigens das mehrmalige Unterlassen der Bilanz nicht mehrere Reate, sondern immer nur einen einmaligen einfachen Bankerutt begründet, ist schon oben (S. 4) erwähnt.

47) Natürlich vor der Zahlungseinstellung; daß er nach erfolgter Zahlungseinstellung keine Bilanz mehr gezogen hat, macht ihn nicht straffällig. Erk. des RG. vom 16. Februar 1881 (Blum, Annalen Bd. III S. 273, Rechtsspr. Bd. III S. 51).

48) Das in N. 46 zitirte Berliner Erkenntniß sagt: „ein Kaufmann hat der Pflicht,

nungen aus den Büchern, oder auch Zusammenstellungen von Ziffern ohne Abgleichung oder hingeworfene Abgleichungen ohne förmliche Aufstellung der Aktiven und Passiven und Unterzeichnung dieser Aufstellung durch den Geschäftsinhaber sind nicht als „Bilanz" zu erachten[49]); sie genügen also nicht, um die Strafbarkeit zu beseitigen[50]).

---

§. 211.

Begünstigung einzelner Gläubiger.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist, werden mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie, obwohl sie ihre Zahlungsunfähigkeit kannten, einem Gläubiger in der Absicht, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

I. E. §. 259 Nr 1; II. E. §. 211; RStGB. —; Bayr StGB. 1861 Art. 329 Nr. 3.

I. Der vorstehende Paragraph betrifft ein Verhalten des Schuldners, welches nicht aus eigennütziger Absicht, aus dem Bestreben, sich selbst einen Vortheil zuzuwenden, entspringt, welches aber dennoch deshalb

---

eine Bilanz zu ziehen, nur dann genügt, wenn dieselbe geeignet ist, auch einem Dritten (Sachkundigen) eine Uebersicht des Vermögens zu gewähren."

49) Erk. des Berliner Obertribunals vom 23. Januar 1878 (Oppenhoff Bd. 49 S. 33).

50) Was die Unterzeichnung der Bilanz betrifft, so ist die Frage kontrovers. In dem Erk. des RG. vom 28. April 1880 (Strfr. Entsch. Bd. I S 30), vom 30. Oktober 1880 (Rechtsspr. Bd. II S. 417, Blum's Annalen Bd. II S. 524), vom 5. Oktober 1882 (Strfr. Entscheid. Bd. VII S. 87, Rechtsspr. Bd. IV S. 727, Blum's Annalen Bd. VI S. 323) und vom 20. Juni 1883 (Strfr. Entsch. Bd. VIII S. 425, Rechtsspr. Bd. V S. 456) wird das Fehlen der Unterschrift unter der Bilanz als eine „Unregelmäßigkeit", nicht aber als eine den Thatbestand des §. 210 Ziff 3 begründende Thatsache erklärt. Entgegengesetzt aber spricht sich das Erk. vom 14. Juni 1881 (Rechtsspr. Bd. III S. 463, Blum's Annalen Bd. IV S. 124) aus.

strafbar ist, weil es der allgemeinen Pflicht gegen die Gläubiger widerspricht, weil es Treue und Glauben, wie sie im Verkehre nothwendig sind, gröblich verletzt. Das RStGB. enthielt eine analoge Vorschrift nicht, der §. 211 ist der Pr. KO. §§. 308 und 340 nachgebildet, aber auch althergebrachtes Bayerisches Recht[1]).

II. Die Voraussetzung aller Strafbarkeit nach den Bestimmungen des dritten Buches, nämlich die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung, ist bereits oben zu §. 209 erörtert; die spezielle Voraussetzung des in §. 211 definirten Reates ist fast wörtlich gleich mit der Voraussetzung der Anfechtung nach §. 23 Nr. 2 der KO. formulirt[2]), weshalb auf diesen Theil der Erläuterungen (Abth. I S. 313 ff.) verwiesen werden kann[3]).

Auf den Erfolg der Handlung kommt es übrigens nicht an; wenn z. B. die Sicherung durch Hypothekbestellung geschah und die Hypothek fällt im Konkurse durch, so ist demohngeachtet der Reat vollendet[4]).

---

1) Art. 276 des StGB. von 1813 bestrafte als „gemeinen Betrüger" denjenigen, welcher bei bevorstehendem oder ausgebrochenem Konkurse, ohne für sich selbst einen Vortheil zu suchen, durch betrügliche Handlungen einen Gläubiger vor dem andern begünstigt.

2) Daß in Bezug auf Strafbarkeit nur freiwilliges Thun des Schuldners in Frage kommen kann, ist natürlich. Wenn also der Schuldner in Folge der Zwangsvollstreckung einen Gläubiger sichert oder befriedigt, so macht ihn seine Kenntniß von der bestehenden Zahlungsunfähigkeit nicht strafbar. Vorausgesetzt wird natürlich, daß die Zwangsvollstreckung nicht Komödie war. Befand sich der Schuldner in gutem Glauben (z. B. er hielt die Sache, welche er dem Gläubiger gibt, als bereits in dessen Eigenthum vorher übergegangen), so ist er nicht strafbar. Erk. des RG. v. 8. Februar 1883 (Rechtsspr Bd. V S. 90). Welcher Art die Begünstigung war, ist irrelevant. Sie kann sogar durch bloße Gewährung eines vollstreckbaren Titels geschehen. Erk. des RG vom 2. April und 1. November 1881 (Rechtsspr. Bd. III S. 212 u. 671, auch in den Strfr. Entscheid. Bd. IV S. 62 u. Bd. V S. 121).

3) Insbesondere ist auch der zu §. 23 bereits erörterte Grundsatz maßgebend, daß nur diejenige Zuwendung als Begünstigung eines Gläubigers anzusehen ist, welche der Gemeinschuldner an Jemanden macht, der schon vorher sein Gläubiger war, nicht aber diejenige, welche er auf Grund eines jetzt erst abgeschlossenen zweiseitigen Vertrages an den Mitkontrahenten macht, und gegen welche dieser erst sein Gläubiger wird, vgl. den in Oppenhoff Bd. 19 S. 154 citirten Obertribunalsbeschluß.

4) Erk. des RG. vom 11. Dezember 1880 (Rechtsspr. Bd. II. S. 626, Blum's Annalen Bd. III S. 40).

Der einzige Unterschied der beiden Formulirungen liegt in der Stellung der Worte wegen der Begünstigung der Gläubiger und der Kenntniß der eigenen Zahlungsunfähigkeit[5]). Während nämlich die Anfechtung bereits durch die nackte Thatsache der gewährten Sicherung oder Befriedigung nach der kritischen Zeit begründet erscheint und dem bevorzugten Gläubiger nur der Nachweis der ihn entschuldigenden Unkenntniß freigelassen ist, wird für die Strafbarkeit der Nachweis der Kenntniß und der Begünstigungsabsicht des Schuldners vorausgesetzt. Die Sache liegt also folgendermaßen: Anfechtung der Sicherung oder Befriedigung eines Gläubigers findet statt, wenn der Richter nicht überzeugt ist, daß der Gläubiger weder die Insolvenz noch die Begünstigungsabsicht des Schuldners kannte, Bestrafung des Schuldners aber tritt ein, wenn der Richter überzeugt ist, daß der Schuldner sowohl seine Insolvenz kannte als auch die Absicht hatte[6]), einen Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen, das heißt also, die übrigen Gläubiger zu benachtheiligen[7]).

III. Hinsichtlich des in §. 23 N. 2 aufgeführten Zeitmomentes des Konkurseröffnungsantrages ist zu bemerken, daß derselbe in §. 211 nicht vorkommt. Wenn also z. B. ein Schuldner seine Zahlungen nicht eingestellt, aber einen Antrag auf Eröffnung des Konkurses eingereicht hat, dieser jedoch abgewiesen wurde, so kann er wegen einer einen einzelnen Gläubiger begünstigenden Handlung nicht bestraft werden, auch wenn dieselbe nach der Antragstellung erfolgt war. Auch die übrigen in §. 23 N. 2 bezeichneten Zeitbestimmungen, insbesondere die zehntägige Frist wird in §. 211 nicht erwähnt. Ist der Konkurs eröffnet worden, oder hat eine Zahlungseinstellung stattgefunden, so hängt die Strafbarkeit der Begünstigungshandlung nicht davon ab, ob solche vor oder nach der Zahlungseinstellung, vor oder nach dem Antrage auf Konkurseröffnung stattgefunden hat[8]). Nur davon hängt sie ab, ob der Schuldner zur Zeit der Handlung bereits wußte, daß er zahlungsunfähig sei. Daß dies

5) Auch hier darf aber Zahlungsunfähigkeit nicht mit „Ueberschuldung" identifizirt werden. Vgl. Erk. des RG. vom 11. Januar 1881 in Blum's Annalen Bd. III S. 161 u. v. 18. Juni 1883 (Rechtsspr. Bd. V S 449).

6) Die Absicht aber muß vorliegen, das Bewußtsein allein genügt nicht. Erk. des RG. vom 13. Februar 1882 (Rechtsspr. Bd. IV S. 162. Vgl. übrigens auch das Erk. des RG. vom 8. April 1881 (Strfr. Entscheid. Bd. IV S. 67.

7) Erk. des RG. vom 10. Oktober 1882 (Strfr. Entscheid. Bd. VII S. 143 und Blum Bd. VI S 325).

8) Alternativ, vgl. Erk. des RG. v. 10. Mai 1881 (Blum's Annalen Bd. III S. 587).

immer anzunehmen ist, wenn die Handlung nach der Zahlungseinstellung oder nachdem der Schuldner selbst den Antrag auf Konkurseröffnung gestellt hatte, verübt wurde, möchte keinem Zweifel unterliegen. Dagegen dürfte der Umstand allein, daß die Begünstigungshandlung in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem vom Schuldner ausgehenden Antrage auf Konkurseröffnung[9]) erfolgt ist, nicht genügen, um den Nachweis der Kenntniß der Zahlungsunfähigkeit als erbracht anzusehen[10]), obwohl allerdings unter Umständen die richterliche Ueberzeugung dadurch begründet werden mag. Die Bestimmung des §. 26 der KO. findet auf die Strafbarkeit gleichfalls keine Anwendung; das heißt an und für sich kann nach §. 211 auch eine Begünstigung eines Gläubigers gestraft werden, welche früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung erfolgt ist, soferne dem Schuldner nachgewiesen werden kann, daß er damals seine Zahlungsunfähigkeit schon kannte. Indessen wird nur unter besonderen Umständen eine richterliche Ueberzeugung für diese Kenntniß sich bilden[11]).

IV. Die Pr. KO. enthielt auch eine Strafbestimmung gegen solche Gläubiger, welche nach erlangter Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrage vom Schuldner noch eine Begünstigung annehmen. Die Motive (zum II. E. S. 461) bemerken, „diese Vorschrift sei mit Recht von der Praxis als zu hart getadelt worden; der Gläubiger verfolge sein Recht, verletze er dabei den Konkursanspruch der Uebrigen, so könne er wohl civilrechtlich unwirksam handeln, aber nicht bestraft werden“. Meines Erachtens kann daher der begünstigte Gläubiger auch nicht etwa als Anstifter oder Gehilfe des in §. 211 substanzirten Reates bestraft werden, selbst dann nicht, wenn im Uebrigen die in §§. 47—50 des StGB. aufgestellten Merkmale bei ihm zutreffen[12]). Wenn z. B. der

---

9) Noch weniger, wenn der Antrag von einem Gläubiger ausgeht.

10) Daß der Schuldner seine Bücher so unordentlich geführt hat, daß er dem §. 210 Ziff. 2 verfällt, schließt die Kenntniß der Zahlungsfähigkeit nicht absolut aus, da er diese Kenntniß ja auch aus anderen Momenten geschöpft haben kann Erk. des RG. vom 13. Dezember 1881 (Blum's Annalen Bd. V S. 157).

11) Wenn die Zahlungseinstellung oder die Konkurseröffnung fünf Jahre nach der Handlung erst eintrat, liegt nach §. 67 des RStGB Verjährung in Mitte. Anders muß man natürlich entscheiden, wenn die Zahlungseinstellung als Vollendungshandlung erachtet wird. Vgl. oben S. 10.

12) Wie v. Wilmowski annimmt S. 521. Auch Merkel (in v Holtzendorff's Ergänzungen S. 453) sagt: „wenn dem begünstigten Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, sowie das in §. 211 vorausgesetzte

Gläubiger A seinen Schuldner B, obwohl er weiß, daß dieser zahlungsunfähig ist, durch Drohungen und Versprechungen dahin bringt, ihm für seinen noch zwei Monate laufenden Wechsel Hypothek auf seinem Hause zu bestellen, so kann zwar diese Hypothek civilrechtlich angefochten werden, den Gläubiger trifft aber nicht eine criminelle Schuld. Und zwar deshalb: Annahme einer Leistung, zu welcher man bei gewöhnlichen Umständen berechtigt ist, könnte nur dann eine Verletzung des Rechtes in sich schließen, wenn die ungewöhnlichen besonderen Umstände dem Annehmenden eine ungewöhnliche und besondere Pflicht auflegen würden. Eine solche Pflicht ist aber dem Gläubiger gegenüber seinen Mitgläubigern im Gesetze nicht aufgelegt. Dem Schuldner liegt sie ob, aber nicht ihm als

---

Verhältniß des ihm gewährten Vortheils zu seinen Ansprüchen und zu den Interessen anderer Gläubiger bekannt sei", werde derselbe durch die Annahme des Vortheils Gehilfe des Schuldners. Das RG. hat der im Texte gegebenen Ansicht beigestimmt. Vgl. z. B. das Erk. v. 12. Novbr. 1880 (Strfr. Entsch. Bd. II S. 439, Rechtsspr. Bd. II S. 496), welches sich so ausspricht:

„Bei der klaren und in den Motiven mit positiven Worten ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers, die Annahme der Befriedigung seitens des Gläubigers als ein strafbares Vergehen dieses letzteren nicht aufzustellen, kann es nicht zuläßig sein, diese Strafbarkeit auf einem anderen Wege, nämlich von dem Gesichtspunkte der Theilnahme an dem Vergehen des Schuldners wieder einzuführen und zwar um so weniger, als dann der Gläubiger noch schlimmer gestellt wäre."

Weiter gehen dagegen andere Aussprüche des RG. So sagt das Erk. vom 11. Februar 1882 (Rechtsspr Bd. IV S. 146): „Dagegen liegt kein Grund vor, von der Regel der Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze über Theilnahme auch dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Gläubiger über die gewissermaßen passive Rolle der nothwendigen Theilnahme durch bloße Annahme des ihm Geschuldeten hinausgegangen ist und eine weitere Thätigkeit z. B. durch Anstiften des Schuldners zum Reate an den Tag gelegt hat".

Es fällt sofort in die Augen, wie wenig diese unsichere Grenze zur Bestimmung der Strafbarkeit tauglich ist. Indessen stehen die Erk. vom 21. März 1881 (Rechtsspr. Bd. III S. 153), vom 21. Dezember 1881, vom 10. Januar 1882 und 10. Februar 1882 (Rechtsspr. Bd. III S. 819, auch Strfr. Entscheid. Bd. V S. 275, Bd. IV S. 28 und Bd. V S. 436), welche beim begünstigten Gläubiger eine „Anstiftung" zulassen, und das Erk. vom 27. Januar 1881 (Strfr. Entscheid. Bd. IV S. 1, Rechtsspr. Bd. II S. 762, Blum's Annalen Bd. III S. 271), welches speziell das oben citirte Erk. vom 12. November 1880 als kein Präjudiz erklärt, auf einem ähnlichen Standpunkte. Vgl. auch das Erk. des RG. in Civilsachen v. 1. Nov. 1881 (Samml. der Entsch. in Civils. Bd. VIII S. 92).

Menschen, sondern als zahlungsunfähigen Schuldner; an dieser Qualität nimmt der Gläubiger auch dann nicht Antheil, wenn er die fragliche beim Schuldner verbotene Handlung veranlaßt oder unterstützt. Es kommt daher der in §. 50 des StGB. anerkannte Grundsatz zur Anwendung; die Strafbarkeit der in §. 211 der KO. definirten Handlung ist durch das persönliche Verhältniß des überschuldeten Schuldners nicht blos erhöht oder vermindert, sondern geradezu allein begründet; von diesem Verhältnisse wird der Gläubiger nicht berührt, und also muß er auch straflos bleiben. Warum hätte man sonst aus den angeführten Motiven die Pr. KO. geändert?

---

§. 212.

Täuschung der Gläubiger durch Dritte.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft[a]), wer

1) im Interesse des Schuldners[b]), welcher seine Zahlungen eingestellt hat[c]), oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensstücke desselben verheimlicht oder bei Seite geschafft hat[d]), oder

2) im Interesse eines solchen Schuldners[e]), oder, um sich oder einem Anderen Vermögensvortheil zu verschaffen[f]), in dem Verfahren[g]) erdichtete Forderungen[h]) im eigenen Namen oder durch vorgeschobene Personen[i]) geltend gemacht hat.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe oder Geldstrafe bis zu sechstausend Mark ein.

I. E. §. 262; II. E. §. 212; RStGB. §. 282; Bayr. StGB. v. 1861 —.

a. (wird bestraft).

Der §. 212 behandelt diejenigen Fälle der Theilnahme Dritter am Bankerutte[1]), welche der Gesetzgeber strafen wollte. Die hier aufge-

---

1) Es ist mir schwer angekommen, in dieser Lehre der bisherigen Doktrin und Praxis entgegenzutreten, da ich nicht gerne Kontroversen errege, dem Reichsgericht mich gern unterwerfe und Merkel sowie Oppenhoff von

führten Handlungen erschöpfen vollständig den Begriff der Gehülfenschaft zum betrüglichen Bankerutte, während es beim einfachen Bankerutte, da dieser ein rein formales Verbrechen ist, ohnehin eine strafbare Theilnahme nicht gibt[2]). Ich wüßte sonst absolut nicht, weshalb man, wenn die Theilnahme allgemein bestraft werden sollte, in §. 212 zwei Hülfeleistungen ausgehoben und es nicht beim Systeme des Bayer. StGB. v. 1813 und 1861 belassen hätte, in welchem ein analoger Artikel nicht enthalten ist, sondern der Dritte einfach auf Grund der den Schuldner selbst betreffenden Artikel nach den allgemeinen Bestimmungen über Theilnahme gestraft wurde. Man wird mir einwenden und die Rechtsprechung des Berliner Obertribunals[3]) hat auch nicht versäumt, diesen Satz zu proklamiren, daß in §. 209 der KO. (§. 281 des RStGB.) als Voraussetzung eine „Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen", in §. 212 der KO. (§. 282 des RStGB.) nur eine „Absicht, den Schuldner zu begünstigen" verlangt werde. Allein (wie schon oben bemerkt) eine „Absicht des Schuld-

---

mir hochverehrte Autoritäten sind. Indessen amicus Plato amicus Aristoteles sed magis amica veritas. Zustimmend spricht sich aus Rudorff-Stenglein S. 656 Nr. 8, welcher mit Recht bemerkt, daß das Erk. des RG. vom 27. Januar 1881 (Rechtsspr. Bd. II S. 762 und Blum's Annalen Bd. III S. 271) die Frage nicht ex professo behandelt. Inzwischen ist aber auch noch das Erk. vom 17. Januar 1884 (Strfr. Entsch. Bd. IX S. 430) ergangen und dieses sagt:

„Unrichtig ist es, daß durch die Konstruirung eines selbstständigen Deliktes des Dritten im §. 212 der KO. die rechtliche Möglichkeit der Theilnahme an dem Verbrechen des §. 209 unter dem Gesichtspunkt des §. 49 des StGB. ausgeschlossen sei. Das Spezialgesetz des §. 212 umfaßt nicht die Beihilfe zu §. 209, es setzt eine, wenn auch im Interesse des Schuldners doch als eigene verübte That von der Beschaffenheit der Ziffern 1 und 2 des §. 209 voraus".

2) Eine solche Theilnahme wäre es und allenfalls nach inneren Gründen als strafbar zu erachten, wenn z. B. die Ehefrau des Bankeruttirers an dem „Aufwande" die Hauptschuld trägt oder der Prokurist den Geschäftsinhaber zum Differenzhandel verleitet hat. Aber ich meine doch, daß Niemand daran denken wird, hier im Kriminalwege voranzugehen. Sonst müßte man auch diejenigen Personen als „Gehülfen am einfachen Bankerutte" strafen, welche z. B. mit dem Bankier Goldmann, der seine Zahlungen eingestellt hat, allabendlich Whist gespielt haben und, da hiebei rechts und links auf die Aß 1000 Franks zu wetten üblich war, diesem zum „Verbrauch von übermäßigen Summen im Spiel" behülflich waren.

3) Die Citate siehe bei Oppenhoff, Strafrecht zu §. 212 S. 700 Nr. 4.

ners, die Gläubiger zu benachtheiligen", schlechtweg — ist praktisch[4]) nicht denkbar, die Absicht ist immer zugleich die: „sich selbst einen Vortheil zu verschaffen". Und ebenso schlägt umgekehrt die in §. 212 aufgeführte Handlung, sobald sie im „Interesse des Schuldners" geschieht, an und für sich selbst schon zur „Benachtheiligung der Gläubiger" aus. Die beiden Absichten sind logisch dieselben, psychologisch richtig aber definirt sie das Gesetz beim Schuldner in der Richtung gegen die Gläubiger, bei dem Dritten in der Richtung für den Schuldner.

Es wird aber noch ein weiterer Unterschied zwischen Theilnahme am Reate des §. 209 und zwischen dem Reate des §. 212 gesucht; indem man supponirt, der §. 212 (§. 282) abstrahire von der Voraussetzung, daß der Schuldner selbst sich strafbar gemacht habe, argumentirt man mit realer und idealer Konkurrenz[5]) und gelangt schließlich bis zu der Folgerung[6]) daß der Schuldner, wenn er nicht selbst Vermögensstücke verheimlicht oder erdichtete Forderungen aufstellt, nicht als Thäter des Reates von §. 209, sondern als Anstifter des Reates von §. 212 zu bestrafen sei. Aber man sehe doch das Leben an, wie es ist; wo kommen denn die „Dritten" her, welche rein aus Privatvergnügen die Vermögensstücke eines Schuldners in dessen Interesse[7]) verheimlichen, oder erdichtete Forderungen in seinem Interesse aufstellen. Solche großmüthige Helfer in der Noth gibt es nicht. Wenn Jemand den Reat von §. 212 „im

---

4) In thesi wohl; es kann einmal einen Schuldner geben, der lediglich aus Bosheit, um seine Gläubiger zu ärgern, seine Werthpapiere verbrennt; aber nach solchen einzelnen pathologischen Fällen hat doch sicherlich der Gesetzgeber nicht die Regel der Strafbestimmungen aufgestellt.

5) Ein Obertribunalserkenntniß (Sammlung von Oppenhoff Bd. 15 S. 175) nimmt an, der Dritte, welcher einem Schuldner zur Beseitigung von Vermögensstücken Rath ertheilt und zugleich selbst solche beseitigt habe, mache sich zweier realiter konkurrirender Reate schuldig. Richtiger meines Erachtens behandelt Merkel (in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. III S. 822) die Frage; er kommt gleichfalls zu dem Resultate: „vom ganzen Thatbestande des §. 212 (§. 282) bleibe kein Rest, der nicht schon in der Theilnahme seinen Platz gefunden hätte". Nur zieht er nicht den Schluß: folglich ist er eben selbst die Theilnahme, nur als selbständiger Reat formulirt.

6) Oppenhoff, Strafrecht zu §. 212 S. 700 Nr. 5.

7) Und das verlangt ja das Gesetz; Menschen, welche schuldnerische Vermögensstücke für sich verheimlichen oder erdichtete Forderungen für sich aufstellen, sind nicht nach §. 212 zu behandeln, sondern einfache Diebe oder Betrüger.

Interesse des Schuldners" begeht, thut er es wohl jedes Mal auf Ansuchen oder jedenfalls mit Willen und Wissen des Schuldners. Man hätte also sicher die Trennung der Handlungen in die beiden Paragraphen nicht gebraucht, wenn man nicht a) zweifellos stellen wollte, daß zwar im Allgemeinen der Bankerutt nur vom Schuldner ausgehen kann und bei ihm strafbar ist, daß aber einige Fälle denkbar sind, in denen das Publikum auch gegen die Einmischung Dritter in den Bankerutt gesichert werden muß, und wenn man nicht b) dem Grundsatze Ausdruck verleihen wollte, daß nicht jede Theilnahme Dritter an Handlungen, die den Schuldner zum strafbaren Bankeruttirer machen, gestraft werden solle, sondern nur gewisse hervorragende und gemeinschädliche Arten der Hülfeleistung.

Ich lese also den §. 212 im Eingange:

„Nur derjenige Dritte kann wegen Theilnahme am betrüglichen Bankerutte beahndet werden und wird dann mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft", welcher u. s. w.

b. (im Interesse des Schuldners).

Die Richtung auf das Interesse des Schuldners braucht nicht gerade dahin zu gehen, daß beabsichtigt ist, demselben die verheimlichten oder bei Seite geschafften Vermögensstücke zu überlassen. Nur darf der Dritte diese nicht ohne Wissen und Willen des Schuldners selbst behalten wollen, denn dies geht (wie Note 7 bemerkt) in das allgemeine Strafgebiet über. Als im Interesse des Schuldners stellt sich übrigens auch die Handlung schon dann dar, wenn nur beabsichtigt ist, demselben die Benützung der Sache noch einige Zeit zu belassen[8]).

c. (seine Zahlungen eingestellt hat).

Die Fassung des Gesetzes ist hier dieselbe wie in §§. 209, 210 und 211; man darf also nicht annehmen, daß der Thatbestand nur dann gegeben sei, wenn die Handlung des Dritten erst nach der Zahlungseinstellung vollzogen würde[9]). Aber allerdings muß die Handlung mit Bezug auf die Zahlungseinstellung erfolgen. Wenn der Dritte gar nicht weiß, daß derjenige, dessen Vermögensstücke er verbirgt, ein Gantirer ist oder werden will, so fehlt ja der strafrechtliche dolus (wenigstens in Beziehung auf §. 212)[10]).

---

8) Oppenhoff, Strafrecht zu §. 212 S. 701 Nr. 9.

9) Wie v. Sarwey S. 884 und v. Wilmowski S. 522 annehmen.

10) Erk. des Berliner Obertribunals, Oppenhoff Bd. 17 S. 28.

d. (geschafft hat).

Ueber den Begriff der Verheimlichung und des Beiseiteschaffens vgl. oben zu §. 209.

e. (eines solchen Schuldners).

Das heißt „eines Schuldners, welcher entweder seine Zahlungen eingestellt hat oder über welchen der Konkurs eröffnet worden ist".

f. (oder um sich oder einem Anderen Vermögensvortheil zu verschaffen).

Daß der Thatbestand des in §. 212 Ziff. 2 vorgesehenen Verbrechens dadurch nicht alterirt wird, wenn der fingirte Gläubiger für seine Handlung vom Schuldner honorirt wird (also während er im Interesse des Schuldners handelt, auch selbst einen Vortheil hat), ist natürlich nicht zu bezweifeln. Wenn aber die Erdichtung gar nicht dem Schuldner selbst, sondern nur dem Erdichtenden oder einem Anderen Vortheil verschaffen soll, läßt sich die Behauptung denken[11]), hier liege ein einfacher Betrug vor und es sei daher die wiederholte Strafbestimmung überflüssig[12]). Ich finde jedoch immerhin einen gewissen Unterschied zwischen der Begriffsbestimmung beider Reate. Auf die eine Differenz des §. 263 (daß dort der Vermögensvortheil als „rechtswidriger" bezeichnet wird) will ich nicht Gewicht legen[13]); dagegen liegt eine Verschiedenheit schon in der Divergenz der Beschädigung und der Täuschung. Die Beschädigung richtet sich nicht gegen den Schuldner,

---

11) Merkel in Holtzendorff's Handbuch Bd. III S. 823: „Jemand macht gegen einen Kaufmann, der seine Zahlungen eingestellt hat, erdichtete Forderungen geltend, um sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen. Dieser Thatbestand, der alle Merkmale des Betrugs enthält, ist für ein besonderes Delikt erklärt. Die Merkmale des Delikts und des Betrugs aber decken sich so vollständig, daß sie sämmtlich ihre Berücksichtigung finden, man mag sich für das eine oder das andere Verbrechen entscheiden".

12) Beinahe wäre dies dann mehr; denn dieselbe Handlung würde nach §. 263 immer nur als Vergehen mit Gefängniß und hier als Verbrechen mit Zuchthaus bestraft.

13) Denn „rechtswidrig" ist jeder Vermögensvortheil, den man zu beanspruchen nicht das Recht hat (Entsch. des Münchener obersten Gerichtshofes in Strafsachen, Sammlung (Palm u Enke) Bd. V S. 360), also ist auch derjenige, welcher an sich eine Forderung hat, aber ihr eine bevorzugte Qualität andichtet, hierher gehörig, denn er will Etwas erreichen, was ihm zwar an sich, aber nicht unter den obwaltenden Umständen gebührt.

sondern gegen die Gläubiger, denn dem Schuldner (soferne er überschuldet ist) wird durch die erdichtete Forderung Nichts entzogen, er bekäme ja ohnehin Nichts, wohl aber mindern sich die Prozente der wirklichen Gläubiger[14]). Die Täuschung richtet sich gegen alle Welt, gegen den Schuldner, gegen die Gläubiger, gegen den Verwalter und gegen den Richter[15]). Endlich aber erfordert der Betrug die wirkliche Beschädigung des Vermögens eines Andern, während der Reat des §. 212 Ziff. 2 dieses Moment als irrelevant erklärt; wer Forderungen erdichtet, begeht ihn; ob er seine Absicht erreicht, kommt nicht in Betracht. Ich bin deshalb der Ansicht, es liegt, wenn man den Thatbestand scharf faßt, weder eine Duplizität der Strafandrohung, noch eine ideale Konkurrenz vor, sondern der §. 212 Nr. 2 hebt eine Art gemeingefährlichen Betruges als besonderen Reat hervor.

g. (in dem Verfahren).

Diese Worte fehlten im RStGB. §. 282, was mit Recht gerügt wurde[16]). Obwohl die Alternative der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung in der Ziff. 2 durch die Worte „ein solcher Schuldner" wiederholt ist, wäre beim Mangel der obigen Beschränkung jede Erdichtung von Forderungen, auch eine solche, welche nicht in Beziehung zum Konkursverfahren steht, unter den §. 212 gefallen, was nicht beabsichtigt war. Mit dem Worte „Verfahren" ist das gesammte gerichtliche Verfahren nach der KO. verstanden[17]). Wenn daher ein Schuldner A nach §. 96 der KO. die Eröffnung des Konkurses beantragt, und in dem von ihm vorgelegten Verzeichnisse seiner Schuldner der B mit 10,000 Mark Wechselforderung vorgetragen wird, dieser Wechsel ist aber, ohne daß ein Schuldverhältniß bestand, kurz vorher und um scheinbar die Ueberschuldung herzustellen, von C auf A gezogen, von diesem acceptirt und sodann von C an B, welcher bona fide ist, girirt worden, so liegt der Thatbestand des §. 212 Ziff. 2 ebenso vor, als wenn der D innerhalb der Anmeldefrist des §. 126 mit einer unwahren Forderung auftritt und diese im Prüfungstermine vertheidigt[18]). Findet der Richter nöthig, über den An-

14) Hiezu kommt, daß sich der betreffende Schade nicht leicht ziffernmäßig feststellen ließe.

15) Freilich braucht auch beim Betruge der Beschädigte nicht zugleich der Getäuschte zu sein, vgl. Oppenhoff, Strafrecht zu §. 263 S. 622 Nr. 60.

16) Vgl. z. B. Oppenhoff, Strafrecht zu §. 212 S. 701 Nr. 10.

17) Hullmann, Erläuter. S. 360 Nr. 2.

18) Hiemit ist natürlich nicht gesagt, daß der Thatbestand fehle, wenn etwa im Prüfungstermine der D seine Forderung zurückzieht Vollendet ist der

trag eines Gläubigers auf Konkurseröffnung Ermittelungen anzuordnen (vgl. Abth. II S. 190), so gehören diese zum „Verfahren", und wer sich hiebei fälschlich als Gläubiger gerirt, verfällt dem §. 212 Ziff. 2. Ist der erdichtende Gläubiger selbst derjenige, welcher den Konkurs beantragt, so vollendet sich der Thatbestand durch seine Antragstellung, denn diese ist bereits der Anfang des Verfahrens. Ebenso aber wäre es nach meiner Ansicht genügend, um die Strafbarkeit nach §. 212 Ziff. 2 zu begründen, wenn Jemand in außergerichtlichen Verhandlungen zur Erzielung eines Arrangements (vgl. Abth. II zu §. 188) fälschlich als Gläubiger aufgetreten wäre[19]), denn es würde dadurch immerhin auf die Einstellung des Verfahrens Einfluß geübt. Ist freilich das außergerichtliche Arrangement in gar keiner Beziehung zu einem Verfahren, sondern sind lediglich Privatunterhandlungen in Frage, so findet allerdings §. 212 Ziff. 2 keine Anwendung.

h. (erdichtete Forderungen).

Hieher gehören nicht nur die Fälle, wenn Jemand eine Forderung überhaupt fingirt, sondern auch wenn er ihr eine Qualität andichtet, welche sie nicht hat, um ihr ein Vorzugsrecht zu verschaffen, ebenso wenn er eine an sich bestehende Forderung deshalb fälschlich höher angibt, um seine Dividenden zu steigern u. dgl.

i. (im eigenen Namen oder durch vorgeschobene Personen).

Ein Beispiel ist bereits in lit. g gegeben, und soll hier nur wiederholt werden, daß das Gesetz keinen Unterschied macht, ob die vorgeschobene Person selbst an dem Manöver betheiligt ist, oder in gutem Glauben handelt. Wenn demnach der Cessionar die volle Valuta bezahlt hat, der Cedent aber hat die cedirte Forderung gegen den Schuldner erdichtet, so ist natürlich nicht der Cessionar, aber der Cedent strafbar.

Reat, sobald Jemand eine erdichtete Forderung geltend „gemacht hat"; es heißt im Gesetze nicht geltend „macht", woraus man die Nothwendigkeit einer fortdauernden Geltendmachung, eines Beharrens auf dem falschen Anspruche folgern könnte. Indessen wird mindestens dieses Zurückziehen den Anspruch auf „mildernde Umstände" gewähren.

19) Anderer Ansicht ist Hullmann a. a. O.

§. 213.

Stimmkauf.

Ein Gläubiger, welcher sich von dem Gemeinschuldner oder anderen Personen besondere Vortheile dafür hat gewähren oder versprechen lassen, daß er bei den Abstimmungen der Konkursgläubiger in einem gewissen Sinne stimme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniß bis zu einem Jahre bestraft.

I. E. §. 263 Nr. 2; II. E. §. 213; RStGB. —; Bayr. StGB. v. 1861 —.

I. Der vorstehende §. 213 bezieht sich nicht blos auf die Abstimmungen über einen Zwangsvergleich, sondern auf alle Abstimmungen in den Gläubigerversammlungen überhaupt. Jedes unlautere Verhalten in diesen, soferne es bis zu einer erkauften Abstimmung führt[1]), soll mit

1) Nicht ohne dieses; wenn der Schwiegervater des Gemeinschuldners die beiden Gläubiger A und B dafür bezahlt hat, daß sie in der Gläubigerversammlung, in welcher der Verwalter gewählt werden soll, dem von der Mehrzahl in das Auge gefaßten C solche Unannehmlichkeiten sagen, daß derselbe im Zorne erklärt, er nehme keine Wahl an, und die Versammlung verläßt, so fällt dieser Thatbestand nicht unter §. 213. Ebenso wäre der Reat nicht vollendet, wenn der bestochene Gläubiger zwar in einer gewissen Richtung agitirt, Reden hält, Propaganda macht, aber selbst vor der Abstimmung das Lokal räumt und nicht mitstimmt. Aber auch ein Versuch liegt nicht vor, da es beim Abstimmen keine Handlung gibt, welche einen Anfang der Ausführung enthalten würde (§. 43 des RStGB.), abgesehen davon, daß ein solcher Versuch jedenfalls straflos wäre, weil der §. 213 nicht den Versuch strafbar erklärt. Freilich ließe sich auch eine Auslegung denken, welche nicht das bestochene Abstimmen, sondern das Sich gewähren oder versprechen „Lassen" als solches für den in §. 213 gemeinten Reat ansehen würde, und diese hätte sogar die stylistische Konstruktion für sich allenfalls auch die Analogie von §. 332 des RStGB. Allein so weit das Einschreiten der Strafjustiz auszudehnen, scheint mir kaum beasichtigt gewesen zu sein. A. M. v. Wilmowski S. 523 und Rudorff-Stenglein S. 657 Nr. 6, welcher zur Unterstützung anführt, daß bei meiner Interpretation das Gesetz lauten müßte:

„Ein Gläubiger, der in einem gewissen Sinne stimmt, nachdem er sich dafür besondere Vortheile hat gewähren oder versprechen lassen."

Indessen so genau nimmt es die Gesetzgebung unserer Tage nicht.

der Strafe des obigen Paragraphen belegt sein. Nachdem aber das Gesetz einen „Gemeinschuldner" voraussetzt, kann der Reat nur während eines bereits anhängigen Verfahrens begangen werden. Kommt außergerichtlich ein Nachlaßvertrag zu Stande, welchem ein Gläubiger nur gegen Gewährung besonderer Vortheile zugestimmt hat, so kommt der Paragraph nicht zur Anwendung[2]). Sollte es — wie kaum wahrscheinlich — vorkommen, daß A dem B Geld verspricht, damit er, wenn A einmal in Konkurs kommen sollte, so oder so stimmen werde, so wäre auch dieses straflos[3]). Ob der Gemeinschuldner aber eine physische Person ist oder nicht, erscheint irrelevant. Wenn die Erben in einem Konkurs über einen Nachlaß oder die Vorstände einer Aktiengesellschaft in dem Konkurs über diese einen Gläubiger bestechen, so findet §. 213 unzweifelhaft Anwendung.

II. Als Subjekt des Reates erscheint nur der Gläubiger, nicht auch derjenige, welcher auf den Gläubiger eingewirkt hat. Ich glaube, daß auch hier (wie in umgekehrter Richtung bei §. 211) die Grundsätze von der Theilnahme nicht zur Anwendung kommen können (vgl. oben S. 8 ff.)[4]). Dagegen erachte ich es nicht für erforderlich, daß der „Gläubiger" von jeher und ernstlich eine Forderung an den Gemeinschuldner gehabt haben müsse, vielmehr halte ich den Paragraphen ganz besonders anwendbar gegen die sogenannten „Strohmänner", welche man gerade zum Behufe von Abstimmungen zu „Gläubigern" macht[5]). Derjenige also, welcher z. B. für die Gläubigerversammlung durch Cessionen mit einer Forderung versehen wird, um in einer bestimmten Weise abzustimmen, ist „Gläubiger" im Sinne des §. 213; denn wenn er auch faktisch Nichts zu fordern hat, seine Stimme gibt er als „Gläubiger" und im Augenblicke der Verübung des Reates ist er effektiver Gläubiger.

III. Die „besonderen Vortheile" müssen nicht gerade in Geld oder Geldeswerth bestehen; aber immerhin muß ein vermögensrechtliches

---

2) Vgl. die Präjudizien des Kölner App.-Ger. bei Oppenhoff zu §. 214 S. 702 Nr. 1.

3) A. M. Oppenhoff S. 707 Nr. 1.

4) Anderer Ansicht Merkel in von Holtzendorff's Ergänzungen S. 454. Für meine Ansicht spricht die Parallele von §. 332 und §. 333 des RStGB. Letztere fehlt in der KO.

5) Ein Erk. des Berliner Obertribunals (Oppenhoff Bd. IV S. 231) sagt: wer durch ein unbedingtes Giro Inhaber eines vom Gemeinschuldner acceptirten Wechsels geworden ist, muß als „Gläubiger" angesehen werden, sollte er auch nach einer mit dem Indossanten getroffenen Abrede nicht Eigenthümer geworden sein und nur als Incassomandatar handeln.

Interesse mit unterlaufen[6]), wenn auch an dieser Stelle nicht wie in §. 212 Ziff. 2 „Vermögensvortheil“ oder gar wie in §. 263 des RStGB. „rechtswidriger Vormögensvortheil“ gesagt wird[7]). Ob das Versprochene später gewährt wird oder nicht, ist irrelevant.

IV. Wenn das Gesetz als Voraussetzung des strafbaren Stimmkaufes die Anwerbung zum Abstimmen „in einem gewissen Sinne“ aufstellt, so wird dies nicht so zu verstehen sein, daß ein ganz genaues und spezielles Votum der Gegenstand der Bestechung sein müsse. Ich folgere dies aus dem Umstande, daß das Gesetz nicht das Stimmen in einer einzelnen bestimmten Gläubigerversammlung erwähnt, sondern ganz allgemein sagt: „bei den Abstimmungen der Konkursgläubiger“. Es scheint mir deshalb zur Vollendung des Reates vollkommen genügend; wenn der Vortheil gewährt oder versprochen wurde, damit der Gläubiger „zu Gunsten des Gemeinschuldners“ stimme, wenn auch nicht gerade ausgemacht war, daß er für diese oder jene bestimmt bezeichnete Maßregel sich erklären müsse[8]). Indessen ist nicht blos der Stimmkauf zu Gunsten des Gemeinschuldners, sondern überhaupt (vgl. unten Nr. VI) jeder Stimmkauf verboten. Zwar der Gemeinschuldner selbst wird nicht leicht etwas versprechen oder gewähren, damit man gegen seine Anträge stimme. Wohl aber können andere Personen daran ein Interesse haben.

V. Wenn ein Gläubiger sich dafür Etwas gewähren oder versprechen läßt, daß er gar nicht mitstimmt, so kann er nicht gestraft werden[9]).

VI. Das „Stimmen“ an sich ist das Strafbare; ob die Stimme den Ausschlag gab, ob die Ansicht, für welche gestimmt wurde, die Majorität erhielt, ob die Maßnahme, welcher zugestimmt wurde, nachtheilig oder vortheilhaft für die übrigen Gläubiger war, braucht der Richter nicht zu untersuchen[10]). Ferner muß nicht etwa der Nachweis erbracht wer-

---

6) Wenn die Frau des Gemeinschuldners dem Gläubiger A einen Kuß verspricht, falls er für den Zwangsvergleich stimmt, so ist dies wohl kaum als ein solcher „besonderer Vortheil“ anzusehen, daß dessen Annahme 300 Mark kosten würde.

7) Nach strenger Interpretation müßte man bei dieser dreifachen Diktion sich auch ein dreifach Unterschiedenes denken; allein ich kann keinen Unterschied herausfinden.

8) A. M. Rudorff-Stenglein S. 657 Nr. 6.

9) Ebenso Oppenhoff zu §. 213 S. 702 Nr. 6

10) Es ist also z. B. genügend, wenn der Gläubiger für seine Zustimmung zum Zwangsvergleich sich von einem Dritten hat versprechen lassen, daß dieser ihm Sicherheit für die Vergleichsquote leiste. Vgl. Oppenhoff S. 702 Nr. 3.

den, daß der Gläubiger innerlich erst durch den versprochenen oder gewährten Vortheil zur Stimmabgabe bewogen wurde. Der Reat ist als nachgewiesen zu erachten, wenn einestheils die Thatsache feststeht, daß der Gläubiger Etwas angenommen hat, und anderntheils die Thatsache, daß der Gläubiger so, wie der Bestechende gewünscht hat, abstimmte, dargethan ist. Nachweis weiteren Kausalzusammenhanges erscheint dann nicht nöthig.

---

§. 214.

Strafbarkeit der Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, einer eingetragenen Genossenschaft, sowie der Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft.

Die Strafvorschriften der §§. 209—211 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.

I. E. §§. 260 u. 264; II. E. §. 214; RStGB. —; Bayer. StGB. v. 1861 —.

I. Die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft sind ebensowenig wie die Liquidatoren persönliche Schuldner in Ansehung der Verbindlichkeiten der von ihnen vertretenen Gesellschaften oder Genossenschaften. Es würden deshalb an sich dieselben[1]) nicht von den Strafbestimmungen in §§. 209—211 betroffen. Da indessen die gleichen Gründe der Strafbarkeit vorliegen, wenn solche Personen in ihrer Stellung als geschäftsführender Vertreter der Gesellschaft oder Genossenschaft die Gläubiger benachtheiligen, so hat der §. 214 eine entsprechende Anwendung obiger Paragraphen festgesetzt[2]).

II. Nur wenn solche Personen „in dieser Eigenschaft", das heißt als Vorstände oder Liquidatoren eine Handlung der kritischen Art be-

---

1) Wohl aber die persönlich haftenden Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft, wie die Komplementare einer Kommanditgesellschaft, weshalb auch dieser in §. 214 keine Erwähnung geschieht.

2) Vgl. den Plenarbeschluß des Berliner Obertribunals v. 6. November 1874 in Goltdammer's Zeitschrift Bd. 23 S. 31.

gehen, fallen sie unter das Strafgesetz. Nehmen wir an, der Kaufmann Anhuber, Inhaber der Firma „Anhuber selige Wittwe“ ist zugleich bei der in Konkurs gerathenen Aktiengesellschaft X Mitglied des Vorstandes. Er befürchtet, es möchte aus seinen eigenen Handelsbüchern entnommen werden, daß es mit der Geschäftsführung der Gesellschaft nicht ganz korrekt zugegangen ist[3]); und er schafft deshalb seine Bücher auf die Seite. Dadurch wird der Reat des §. 209 Ziff. 4 nicht begründet, denn der Schuldner, dessen Buch beseitigt worden ist, nämlich Kaufmann Anhuber als Firma „Anhuber selige Wittwe“ hat weder seine Zahlungen eingestellt, noch ist über ihn der Konkurs eröffnet worden; die Bücher der Gesellschaft aber, welche als insolvente Schuldnerin erscheint, wurden nicht beseitigt. Die beiden Momente, welche zum Begriff des betrüglichen Bankeruttes gehören, decken sich demnach nicht. Nur wenn also die Handlung der Vorstände oder Liquidatoren die Vermögensstücke oder Bücher der Gesellschaft oder Genossenschaft betroffen, wenn sie erdichtete Schulden der Gesellschaft oder Genossenschaft anerkannt, wenn sie Gläubiger der Gesellschaft oder Genossenschaft bevorzugt, wenn sie die Bilanz der Gesellschaft oder Genossenschaft nicht gezogen haben u. s. w., sind sie von §§. 209—211 getroffen.

Einer besonderen Erwähnung bedarf etwa noch die Ziff. 1 des §. 210. Daß, soferne es sich um Verluste im Spiele oder Differenzhandel frägt, natürlich nur Spiel und Differenzhandel a Conto der Gesellschaft oder Genossenschaft gemeint sein kann, ist klar, ebenso daß ein Privat-Aufwand der Vorstandsmitglieder außer Beachtung bleiben muß. Gezweifelt aber könnte werden, ob und wieweit die Handlung durch die Beschlüsse der Generalversammlungen entschuldigt wird. Ich bin der Meinung, gar nicht[4]). Vorstände einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft, welche einen Beschluß der Generalversammlung für gefahrdrohend erachten, müssen ihre Stelle niederlegen; thun sie solches nicht, machen sie in Ausführung eines Gesellschaftsbeschlusses an der Börse übermäßige Spekulationen für die Gesellschaft oder Genossenschaft, deren Resultat die Voraussetzung des §. 210 Ziff. 1 involvirt, so sind sie dafür haftbar und können sich auf den Beschluß der Generalversammlung nicht berufen. Dies wird insbesondere wichtig in Betreff des „Aufwandes“. Wie oben

---

3) Die Einträge der jährlichen Tantieme im eigenen Buche stimmen z. B. nicht mit der angeblich vertheilten Tantieme.

4) Ebenso Rudorff-Stenglein, Strafgesetzbuch S. 658 Nr. 2 und Oppenhoff zu §. 214 S. 703 Nr. 2; ebenso Petersen S. 650, v. Sarwey S. 887, Stieglitz S. 710, v. Wilmowski S. 524.

bereits bemerkt[5]), ist unter diesem Ausdrucke auch eine übermäßige Ausgabe für an sich berechtigte Zwecke zu verstehen; also z. B. die Ausgaben für Tantiemen, für Besoldungen, für an die Vorstände selbst zu verabfolgende Gewinnantheile u. dgl. Kombiniren wir hiezu die obige Nichtentschuldbarkeit durch Gesellschaftsbeschluß, so ergibt sich Folgendes: Vorstände einer insolvent gewordenen Aktiengesellschaft oder Genossenschaft können auch dann nach §. 210 der KO. bestraft werden, wenn dieselben nach den Statuten oder durch Gesellschaftsbeschlüsse übermäßige Tantiemen und sonstige Vergütungen perzipirt haben[6]).

III. Auf Beamte der Aktiengesellschaften erstreckt sich die Strafbestimmung nicht; ebenso hat man keinen genügenden Anlaß gefunden, die fraglichen Paragraphen auf andere Vertreter physischer oder moralischer Personen auszudehnen. Gegen sie reichen die Bestimmungen des §. 212 und die allgemeinen Vorschriften des Strafgesetzes gegen Betrug, Unterschlagung und strafbaren Eigennutz u. s. w. aus.

IV. Daß die Strafvorschriften des A. D. HGB. (jetzt der dritte Titel des Ges. v. 18. Juli 1884), dann Art. 26 und §. 66 des Genossenschaftsgesetzes aufrecht erhalten bleiben, ergibt sich aus dem §. 3 des Einf.-Gesetzes, und ist die Erläuterung hiezu zu vergleichen.

---

5) Vgl. oben S. 32.

6) Ich legte in der I. Aufl. hierauf großes Gewicht, indem ich darin eine Kautel gegen das „Gründerthum" fand. Jetzt ist durch das oben zitirte Reichsgesetz besser vorgesorgt.

Der Schluß der Konkursordnung lautet:

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 10. Februar 1877.

Wilhelm.

(L. S.) Fürst von Bismarck.

Einführungsgesetz

zur Konkursordnung.

Vom 10. Februar 1877.

Gesetz,
betreffend die Einführung der Konkursordnung.

Vom 10. Februar 1877.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

§. 1.

Geltungstermin.

Die Konkursordnung tritt im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetze in Kraft.

Das Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze vom 27. Januar 1877 (R.-G.-Bl. S. 77) verfügt in §. 1: „Das Gerichtsverfassungsgesetz tritt im ganzen Umfange des Reichs an einem durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesraths festzusetzenden Tage, spätestens am 1. Oktober 1879 gleichzeitig mit der im §. 2 des Einführungsgesetzes der Civilprozeßordnung vorgesehenen Gebührenordnung in Kraft." Da von dem Vorbehalte der Festsetzung eines früheren Termines kein Gebrauch gemacht wurde, so blieb es beim 1. Oktober 1879. An diesem Tage traten in Kraft nachstehende Reichsgesetze: Das Gerichtsverfassungsgesetz, die Civilprozeßordnung, die Strafprozeßordnung, die Konkursordnung, das Gesetz vom 21. Juni 1879 über die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtskostengesetz, die drei Gebührenordnungen (für Rechtsanwälte, für Gerichtsvollzieher, für Zeugen und Sachverständige) und das Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit.

---

§. 2.

Ausdruck: „Gesetz".

Gesetz im Sinne der Konkursordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

Dieselbe Bestimmung findet sich im Einf.-Ges. zur Civ.-Pr.-O. §. 12 und im Einf.-Ges. zu Str.-Pr.-O. §. 7. Hiezu bemerken die Motive des ersteren: unter „Gesetz" oder „Landesgesetz" seien nicht blos die förmlichen Gesetze, sondern alle Rechtsnormen [1]) ohne Rücksicht auf ihre Entstehungs- und Erkenntnißquelle zu verstehen. Es ist demnach gleichgültig, ob die Bestimmung das materielle oder formale Recht betrifft, ob sie auf geschriebenem oder ungeschriebenem Rechte beruht [2]). Desgleichen ist es irrelevant, ob die „Rechtsnorm" eine ausdrücklich ausgesprochene ist oder ob sie sich nur aus dem Sinne und Zusammenhange der Gesetzesworte ergibt.

Dagegen muß die Rechtsnorm allerdings eine solche sein, daß sie „Gesetzeskraft" hat und haben kann. Verordnungen, Ministerialerlasse, Instruktionen u. s. w. sind ebensowenig als „Rechtsnorm" im Sinne der KO. aufzufassen [3]), wie etwa Präjudize der Gerichtshöfe und richterliche Praxis.

Endlich versteht es sich von selbst, daß die reichs- oder landesverfassungsgemäße Erlassung und Publikation vorausgesetzt wird.

---

§. 3.

Verhältniß der Konkursordnung zu den Reichsgesetzen.

Die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichgesetze [a]) werden durch die Konkursordnung nicht berührt.

Aufgehoben werden:

1) die Vorschriften des §. 51 des Gesetzes, betreffend die

---

1) „Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet wurde", sagt §. 512 der Civ.-Pr.-O.

2) Bei der Berathung (K.-Prt. S. 133) bemängelte Abg. Zimmermann den Ausdruck Rechtsnorm, worauf Dr. Goldschmidt bemerkte, daß hierunter das aus objektiver Rechtsquelle fließende Recht, also sowohl Gesetzes- wie Gewohnheitsrecht zu verstehen sei.

3) Es wären denn diese Verordnungen aus einer Zeit, wo die gesammte gesetzgebende Gewalt in den Händen des Souveräns ruhte.

privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 4. Juli 1868, sowie die im §. 48 desselben Gesetzes bestimmte Zuständigkeit des Handelsgerichts [b]);

2) die Vorschriften der §§. 13—18 des Gesetzes, betreffend die Gewährung der Rechtshülfe, vom 21. Juni 1869 [c]);

3) Die Vorschriften der §§. 281—283 des Strafgesetzbuchs [d]).

Der Art. 80 der Wechselordnung [e]) wird dahin abgeändert, daß die Verjährung auch nach Maßgabe des §. 13 der Konkursordnung unterbrochen wird.

Die Verjährung zu Gunsten eines zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters [§. 64 Abs. 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1868] [f]) wird auch durch Anmeldung der Konkursforderung unterbrochen.

a. (Die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze).

I. Im Allgemeinen gilt der Grundsatz, daß alle bisher schon reichsgesetzlich erlassenen Normen über die Materie des Konkursrechtes und des Konkursverfahrens fortbestehen bleiben, und als leges speciales von der Konkursordnung als lex generalis nicht berührt werden.

Es sind hieher gehörig:

1) §. 41 Abs. 1 der Beilage B zum Strafgesetzbuche für das Preußische Heer: Vorschriften über die Feststellung des Thatbestandes verübter Verbrechen [1]), wonach in Konkursen über das Vermögen von Militärpersonen das den Konkurs dirigirende Civilgericht die aus den Konkursakten sich ergebenden Thatsachen, aus welchen auf einen strafbaren Konkurs geschlossen werden kann, dem kompetenten Militärgerichte mittheilen muß.

2) §. 3 Nr. 2 und §. 4 des Wahlgesetzes für den Reichstag [2]), nach welchen von der Berechtigung zum Wählen ausgeschlossen sind: „Personen, über deren Vermögen Konkurs [oder Fallitzustand] [3]) gerichtlich eröffnet worden ist und zwar während der Dauer dieses Konkurs- oder Fallitverfahrens und wonach eine in solchem Zustande befindliche Person auch nicht zum Reichstagsmitglied wählbar ist;

---

1) Mit Verordnung vom 29. Dezember 1867 (Bundes-Ges.-Bl. S. 185) (auf Grund des Art. 61 der Bundesverfassung) als für den Nordbeutschen Bund und nun für das Reich (Bayern ausgenommen) geltend erklärt.

2) Gesetz v. 31. Mai 1869 (Bundes-Ges.-Bl. S. 145 ff., S. 247).

3) Diese Worte sind indessen offenbar derogirt.

3) §. 83 Nr. 2 und §. 86 der Gewerbeordnung[4]), wonach von dem Eintritte in eine Innung und bezw. von Ausübung des Stimmrechtes und der Ehrenrechte in der Innung ausgeschlossen werden können: Personen, welche in Folge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt sind[5]).

4) §. 11 Abs. 2 des Gesetzes über die Kautionen der Bundes-Beamten[6]), wonach das Reich nicht verpflichtet ist, im Falle des Konkurses die behufs Stellung einer Kaution von einem Beamten verpfändeten Werthpapiere an die Konkursmasse auszuliefern; sowie

5) §. 20 Ziff. 2 des Reichsbeamtengesetzes[7]), wonach „bezüglich des Vorzugsrechtes im Konkurse wegen der einem Reichsbeamten zur Last fallenden Defekte aus einer von demselben geführten Kassa- oder Vermögensverwaltung dem Reiche beziehungsweise dessen Behörden im Verhältniß zu den Reichsbeamten dieselben Rechte zustehen, welche die am dienstlichen Wohnsitze des Reichsbeamten geltende Gesetzgebung des einzelnen Bundesstaates dem Staate beziehungsweise dessen Behörden den Staatsbeamten gegenüber gewährt[8]).“

II. Was die Allgemeine Deutsche Wechselordnung betrifft, so bleibt unberührt der Art. 29, welcher bestimmt, daß die Konkurseröffnung über den Acceptanten den Regreß auf Sicherstellung begründet, während der Art. 80 zufolge des zweiten Absatzes des obenstehenden Paragraphen abgeändert wird. (Vgl. hierüber Abth. I S. 201 ff.)

III. Das Gesetz vom 4. Juli 1868[9]), betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, bleibt aufrecht hinsichtlich der in §. 34 Nr. 3 enthaltenen Bestimmung, daß die Genos-

---

4) Bekanntmachung v. 1. Juli 1883 (Reichs-Ges.-Bl. S. 177 ffg. 207.)

5) Ob der Lehrherr, wenn er in Konkurs geräth, als unfähig zur Erfüllung der von ihm eingegangenen Verpflichtungen zu erachten sei und daraufhin nach §. 128 Nr. 2 der Gewerbeordnung der Lehrvertrag von Seite des Lehrlings aufgelöst werden könne, halte ich für zweifelhaft.

6) Ges. v. 2. Juni 1869 (Bundes-Ges.-Bl. S. 161).

7) Ges. v. 31. März 1873 (R.-G.-Bl. S. 61).

8) Im Allgemeinen steht hiewegen dem Reiche ein Vorzugsrecht nicht zu (vgl. Abth. I S. 628); und auch landesgesetzliche Vorrechte dieser Art fallen künftig hinweg. Die Vorschrift des Reichsgesetzes bleibt also nur insoweit „unberührt“, als eine landesgesetzliche Anordnung nach §. 12 des Einf.-Ges. etwa in Mitte tritt.

9) Bundes-Gesetzblatt S. 415.

senschaft durch Eröffnung des Konkurses aufgelöst wird[10]); desgleichen bleibt unberührt, was in §. 48 jenes Gesetzes über Herbeiführung des Konkurses verordnet ist und worauf §. 195 Abs. 1 der KO. (vgl. Abth. II Erl. zu §. 95 lit. c) Bezug nimmt. Die Vorschrift des §. 37, wonach die Konkurseröffnung vom Konkursgerichte von Amtswegen in das Genossenschaftsregister einzutragen und beziehungsweise der Registerbehörde behufs Eintragung mitzutheilen ist, wird durch §. 104 der KO. ersetzt[11]); ebenso ist die Bestimmung des §. 37, daß die Bekanntmachung der Eintragung der Konkurseröffnung in den öffentlichen Blättern zu unterbleiben habe, durch die in §. 68 u. 103 Abs. 2 der KO. enthaltene Vorschrift, wonach allerdings jede Konkurseröffnung zu veröffentlichen ist, außer Kraft getreten. Dagegen werden die §§. 52—61 des Genossenschaftsgesetzes, welche die Heranziehung der Genossenschafter zur Deckung des Ausfalles in der Konkursmasse und die Berechnung ihrer Umlagepflichtigkeit auch unter der Herrschaft der neuen Konkursordnung aufrecht zu bleiben haben. Die in §. 48 des Genossenschaftsgesetzes enthaltene Zuständigkeit der Handelsgerichte zur Behandlung eines Genossenschaftskonkurses, sowie der §. 51 sind mit der KO. unvereinbar und werden ausdrücklich aufgehoben. Jedenfalls muß als selbstverständlich die in Abs. 5 enthaltene Bestimmung, daß im Konkurseröffnungsbeschluß die Namen der einzelnen Genossenschafter nicht aufzunehmen sind, in Kraft bleiben, ebenso der Satz (in Art. 51 Abs. 4), daß der Konkurs über das Genossenschaftsvermögen den Konkurs über das Privatvermögen der Genossenschafter nicht nach sich zieht. Vgl. Motive S. 446 u. K.-Prt. S. 118 u. 119. Daß endlich die Disciplinarvorschrift des §. 66 im Falle der Verletzung des §. 48 bestehen bleibt und daß umgekehrt die in §. 54 Abs. 2 festgesetzte Zu-

10) Dieser Vorbehalt ergibt sich schon aus §. 20 der KO., wie dies in Abth. I S. 282 hinsichtlich der Gesellschaftsverträge im Allgemeinen erörtert wird.

11) Die Motive (S. 465) sagten: diese instruktionelle Verfügung könne neben dem §. 104 der KO. bestehen bleiben. Dies halte ich nicht für richtig. Denn wenn §. 104 die Pflicht der Mittheilung auf den Gerichtsschreiber überträgt, so kann nicht daneben der Richter dasselbe thun müssen, und wenn §. 68 und §. 103 Abs. 2 die Veröffentlichung der Konkurseröffnung befiehlt, kann daneben nicht eine Vorschrift beobachtet werden, welche die Nichtveröffentlichung anordnet. Höchstens wenn man den Accent auf das Wort „Eintragung" legen will, kann man etwa darin eine noch geltende Vorschrift finden, daß nicht neben der Konkurseröffnung selbst noch besonders die Eintragung der Konkurseröffnung im Genossenschaftsregister zu veröffentlichen sei.

ständigkeit der Rathskammer durch das Gerichtsverfassungsgesetz in Wegfall kommt, wird von den Motiven als zweifellos bezeichnet [12]).

IV. Eine besondere Beachtung — sagen die Motive — verdient das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. Es kommen hier in Betracht: die Art. 40, 122, 123, 133, 169, 170, 200, 201, 240, 242, 258, 259, 261, 313—315, 374, 375, 382, 409—412, 472, 476, 624, 629, 675, 727, 733, 757, 758, 893 und 903.

Was den Art. 40 betrifft, welcher verfügt, daß die Mittheilung der Handelsbücher im Konkurse gerichtlich verordnet werden kann, so wird diese Vorschrift im Hinblicke auf §§. 67, 107 u. 112 Abs. 2 der KO. als fortan überflüssig zu betrachten sein; denn es kann zufolge dieser letzteren Bestimmungen nicht blos angeordnet werden, sondern sie muß auch ohne Anordnung erfolgen. Die Aufhebung der Handelsgesellschaften, der Rhederei und der Seeversicherung (Art. 123 Nr. 1 u. 3, 170 Abs. 2, 200, 242 Nr. 3, 261 Nr. 3, 472 Abs. 2, 476, 903) wird durch §. 20 der KO. gewahrt [13]). Ueber die durch Art. 240 Abs. 2 [14]) dem Vorstande einer Aktiengesellschaft zur Pflicht gemachte Anzeige einer Vermögensinsuffizienz ist §. 193 Abs. 1 der KO. zu vergleichen [15]). — Die Art. 258 u. 259 betreffen das Rechtsverhältniß des stillen Gesellschafters im Konkurse des Inhabers eines Handelsgewerbes [16]). Daß (wie der erstere bestimmt) der stille Gesellschafter, soweit er nicht selbst haftet, Konkursgläubiger ist, ist nicht zu bestreiten. Eher könnte gezweifelt werden, ob das in Art. 259 festgesetzte Anfechtungsrecht sich gegenüber den Grundsätzen des dritten Titels der KO. noch halten läßt [17]). Der Gesetzgeber

---

12) Bei der Berathung (K. Prt. S. 134) bemerkte Geh. Reg.-Rath Hagens: „der §. 54 des Genossenschaftsgesetzes sei in §. 3 der Einf.-Ges. deshalb nicht erwähnt, weil sich dieser §. 54 gar nicht auf den Konkurs beziehe."

13) Vgl. Abth. I S. 282 ff.

14) Vgl. auch das Gesetz vom 11. Juni 1870 (Reg.-G.-Bl. S. 383).

15) Vgl. Abth. II die Erl. zu §. 193 der KO.

16) Vgl. Anschütz und Völderndorff, Kommentar zum A.D.HGB. Bd. III S. 554 ff.

17) Art. 259 bestimmt nämlich ganz allgemein, daß die Rückgabe der Einlage des stillen Gesellschafters angefochten werden könne, wenn innerhalb eines Jahres nach dieser Rückgabe der Konkurs über den Inhaber des Handelsgewerbes eröffnet wird. Vgl. übrigens die K. Prt. (S. 133 ff.), in welchen ausdrücklich betont ist, daß beide Anfechtungen (die nach §. 23 der KO. oder die nach Art. 259 des A. D. HGB.) in der Wahl der Gläubiger stehen. Insoweit jedoch eine der in Art. 259 des A. D. HGB. bezeichnete Handlung unter §. 25 Nr. 1 der KO. fällt, also insbesondere auch der Erlaß

ging, indem er die fraglichen Artikel nicht aufhob, davon aus [18]), daß das eigenthümliche gesellschaftliche Element in dem Verhältnisse eines stillen Gesellschafters es rechtfertige, für eine Anfechtung gegen ihn einen längeren Zeitraum bestehen und ohne seine Kenntniß das vorgängige Entstehen der Zahlungsunfähigkeit allein entscheiden zu lassen [19]). — Der in Art. 122 (169) für die Landesgesetzgebung gemachte Vorbehalt, den Privatgläubigern des in Konkurs verfallenen Gesellschafters einer offenen oder Kommanditgesellschaft in Bezug auf dessen Privatvermögen ein Absonderungsrecht zu gewähren, beseitigt sich im Hinblicke auf §. 4 dieses Einf.-Gesetzes und auf §. 3 Abs. 1 der KO. Dagegen werden das in den Art. 313—315 des A. D. HGB. normirte kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs (Art. 374 u. 375), des Spediteurs (Art. 382), des Frachtführers (Art. 409—412), des Seeverfrachters (Art. 624—629 u. 695), sowie die Rechte der in Art. 727, 733, 758, 759, 761 ff., 753 u. 893 Genannten) durch §. 41 Ziff. 8 der KO. [20]) ausdrücklich aufrecht erhalten.

Sonstige reichsgesetzliche Bestimmungen, welche auf den Konkurs Bezug haben, sind mir nicht bekannt.

b. (die Vorschriften des .... Gesetzes .... v. 4. Juli 1868).

Vgl. die Erörterungen in Abth. II zu §. 195 ff. der KO.

c. (die Vorschriften der §§. 13—18 des Gesetzes .... v. 21. Juni 1869).

Die hier in Bezug genommenen gesetzlichen Bestimmungen des sog. Reichs-Rechtshülfegesetzes [21]) betreffen das Verhältniß des im Inlande [22]) eröffneten Konkursverfahrens zu dem im Auslande liegenden Vermögen des Gemeinschuldners und umgekehrt. Die einschlägigen Bestimmungen

---

eines Verlustantheiles des stillen Gesellschafters, wenn er in die Jahresfrist vor der Konkurseröffnung fällt, muß die Anfechtbarkeit eintreten ohne Zulassung des in Art. 259 Abs. 4 des A. D. HGB. vorbehaltenen Gegenbeweises. v. Sarwey S. 891.

18) Motive S. 464 u. 465.

19) Bei den Berathungen ergab sich auch noch der Zweifel, ob der Art. 529 des A. D. HGB. als Spezialgesetz dem §. 25 der KO. vorgehe. Geh. Oberjustizrath Hertz bemerkte: „jedenfalls sei die Rückzahlung von Einlagen an die stillen Gesellschafter nicht unter den Gesichtspunkt der freiwilligen unentgeltlichen Veräußerung zu bringen."

20) Vgl. Abth. 1 S. 535 ff.

21) Vgl. Bundesgesetzblatt v. 1869 S. 305.

22) Der eine Bundesstaat zum anderen gleichsam als „Ausland" gedacht.

sind aber nunmehr überflüssig geworden[23]). Der §. 13, welcher den Umfang der Wirkung einer Konkurseröffnung räumlich bestimmt, verliert durch die auf den ganzen Umfang des Reichs sich gleichzeitig erstreckende Konkursordnung von selbst jede Bedeutung; ebenso der §. 14 in seiner Hauptbestimmung über die Ablieferung des an anderen Orten befindlichen Vermögens an die Konkursmasse; die in demselben dem ersuchenden und ersuchten Gerichte auferlegte Thätigkeit stimmt zudem mit den Grundsätzen der Konkursordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht völlig überein[24]). Auch der §. 15, welcher das am Ort der abzuliefernden Sache geltende Konkursrecht zu Gunsten eines Vindikationsanspruches auf die Sache oder eines Anspruches auf abgesonderte oder vorzugsweise Befriedigung aus dieser Sache dem verschiedenen am Orte des Konkursverfahrens geltenden Konkursrechte gegenüber wahrt, verliert durch die allgemeine Geltung der KO. seinen Inhalt[25]). Der zweite Absatz des §. 17 wird durch §. 57 der KO., der erste Absatz von §. 18 durch §. 39 der KO. gedeckt. Dagegen vertragen sich §. 16 Abs. 1, §. 17 Abs. 1 u. §. 18 Abs. 2 nicht mehr mit den Vorschriften der KO., und sind daher mit Recht aufgehoben.

d. (die Vorschriften der §§. 281—283 des Strafgesetzbuches).

Diese Vorschriften[26]) sind nach Inhalt und Fassung vollständig von den §§. 209 ff. der KO. ersetzt, weshalb die desfallsigen Erläuterungen zu vergleichen sind[27]). Gelegentlich dieser ist auch bereits[28]) dargelegt, daß §. 2 des Einführungsgesetzes zum RStGB.[29]), welches die besonderen rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen vorhandenen Strafbestimmungen vorbehalten hatte, nunmehr beseitigt erscheint.

e. (der Art. 80 der A. D. Wechselordnung).

Dieser Artikel bestimmt, daß nur die Behändigung der Wechselklage oder die vom Verklagten geschehene Streitverkündigung die Verjährung unterbreche. In Folge der allgemeinen Vorschrift in §. 13 der KO. er-

---

23) Das Folgende gründet sich auf die Motive.

24) Es war nämlich die in der Pr. KO. dem Verwalter obliegende Thätigkeit dem Richter auferlegt.

25) Als „Grundsatz" kann er bei Divergenz des Rechts des Auslandes gegenüber der KO. für den Richter immerhin noch einen Fingerzeig geben.

26) Bundes-G.-Bl. v. 1870 S. 249 ff.

27) Vgl. Abth. III S. 12.

28) Vlg. Abth. III S. 1.

29) Bundes-G.-Bl. v. 1870 S. 195.

gibt sich die nothwendige Abänderung dieser Bestimmung dahin, daß als dritte Unterbrechungsart die Anmeldung der Wechselforderung im Konkurse hinzu tritt. Vgl. oben Abth. I S. 201.

f. (§. 64 Abs. 1 des Gesetzes v. 4. Juli 1868).

Daß die Anmeldung einer Forderung im Konkurse der Genossenschaft die in §. 63 des Genossenschaftsgesetzes enthaltene zweijährige Verjährung gegen die einzelnen Genossenschafter unterbreche, ergibt sich aus §. 64 Abs. 2 (in welchem diese Unterbrechung gegen ein bei der Auflösung der Genossenschaft noch im Verbande stehendes Mitglied an jede Rechtshandlung gegen die Konkursmasse geknüpft ist) und aus §. 13 der KO., welche die Anmeldung der Klagestellung gleichachtet. Zweifelhafter aber erscheint die Frage[30]), ob eine solche Rechtshandlung gegen die Masse auch Wirkung haben könne gegen Personen, welche zur Zeit der Konkurseröffnung schon nicht mehr zur Genossenschaft gehören. Deshalb wurde die Bejahung der Frage auf Antrag des Abg. Dr. Goldschmidt ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen[31]). Daß die Unterbrechung nicht eintritt, wenn der Genossenschafter bereits vor mehr als zwei Jahren ausgeschieden oder ausgeschlossen war, bedarf kaum der Erwähnung.

---

§. 4.

Aufhebung der Vorschriften des Landesrechts.

Aufgehoben werden die Vorschriften der Landesgesetze[a]) über Konkurs-, Falliments-, Gant-, Debit-Verfahren[b]), über gerichtliche, zur Abwendung oder Einleitung eines solchen Verfahrens dienende Stundungs- und Nachlaßverhandlungen, konkursmäßige

---

30) Allerdings setzt der §. 64 Abs. 1 des Gesetzes v. 4. Juli 1868 fest, daß die Verjährung zu Gunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters durch Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Genossenschaft unterbrochen werde. Und nachdem die Anmeldung im Konkurse eine Rechtshandlung ist, so ließe sich eigentlich die Unterbrechung der Verjährung schon hieraus folgern. Allein immerhin könnte man einwenden die Konkursmasse sei nicht mehr „die Genossenschaft" selbst. (Vgl. die Ausführungen im Erk. des RG. v. 20. Juni 1880 in den Entscheid. Bd. II S. 9 ff.)

31) Anfänglich (K. Prt. S. 119) war beschlossen, die Bestimmung des §. 197 in die KO. aufzunehmen. Erst in der zweiten Lesung wurde sie in das Einf.-Ges. verwiesen (K. Prt. S. 190).

Einleitungen, Vermögensuntersuchungen[c]), über die Rechtswohlthat der Güterabtretung[d]) und die landesherrliche oder gerichtliche Bewilligung einer allgemeinen Zahlungsstundung[e]), sowie über das Konkursrecht[f]), insoweit nicht in der Konkursordnung auf dieselben verwiesen[g]) oder bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden.

Aufgehoben werden die Strafvorschriften[h]), welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind.

a. (Aufgehoben werden die Vorschriften der Landesgesetze).

Hierüber bemerken die Motive[1]) Folgendes: „Zu dem Landesrechte nimmt die Konkursordnung eine wesentlich andere Stellung ein als zu dem Reichsrechte. Sie absorbirt alle landesrechtlichen Vorschriften, soweit sie in den Bereich einer Konkursordnung fallen. Deshalb müssen nicht blos die mit der Konkursordnung in Widerspruch tretenden, sondern auch solche auf den Konkurs bezüglichen Vorschriften des Landesrechtes aufgehoben und für die Zukunft ausgeschlossen werden, welche nicht in die Konkursordnung aufgenommen sind und an sich neben den Bestimmungen der letzteren bestehen könnten." Die Aufhebung aller die Konkursmaterie betreffenden landesrechtlichen Bestimmungen ist sonach eine streng formale; es kommt auf den Inhalt nicht an; ob eine landesgesetzliche Vorschrift in dieser oder jener Abtheilung des Landesrechts steht, ob sie sich äußerlich als „Konkursrecht" dokumentirt oder z. B. nur in einer Civilprozeßordnung oder im Civilrechte verstreut sich vorfindet, ist einerlei; ob sie mit dem Inhalte der gegenwärtigen Konkursordnung im Einklange oder im Widerspruche steht oder eine Materie behandelt, welche in dieser gar nicht berührt wird, macht keinen Unterschied. Es genügt die Eigenschaft als einer formell auf die Ueberschuldung zielenden und diesen Zustand behandelnden gesetzlichen oder verordnungsmäßigen Norm, um dieselbe als aufgehoben erklären zu müssen.

b. (Konkurs-, Falliments-, Gant-, Debit-Verfahren).

Die einzelnen Partikulargesetze, welche unter die obige Nomenklatur fallen, sind in dem Anhange zu den Motiven des Entwurfes[2]) ausführlich dargestellt. Es ließe sich noch höchstens wegen des Ausdruckes: „Gantverfahren" einige Schwierigkeit denken, da unter diesem Worte häufig auch die einfache Exekution, insbesondere durch Zwangsversteigerung

---

1) S. 467.

2) In dem Beilagenband abgedruckt.

verstanden wird. Soferne nun diese Exekution die Immobilien betrifft, wird sie an sich durch den §. 39 der KO. aufrecht erhalten. Da aber auch die Civilprozeßordnung (§. 757) diese Materie intakt beläßt, kann es immerhin vorkommen, daß die Worte des Gesetzes „aufgehoben werden die Vorschriften über Gantverfahren" nicht ganz zutreffend erscheinen. So wären z. B. die Vorschriften über das Gantverfahren in Ewiggeldsachen nach Münchner Stadtrecht [3]) durch §. 4 des Einf.-Ges. zur KO. nicht berührt gewesen [4]).

c. (über gerichtliche ..... Vermögensuntersuchungen).

Die Haupttendenz der neuen Konkursordnung ist, daß die Eröffnung des Konkurses, sobald Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, nicht länger auf sich warten läßt, als absolut nothwendig erscheint, daß somit entweder die Einzel-Exekution ihren ungehinderten Gang fortgeht oder aber der formale Konkurs ausgesprochen und damit die Gesammtexekution in das Leben gerufen wird. Deshalb wird im vorstehenden Paragraphen alles und jedes Präliminarverfahren, mag es einen Namen haben welchen immer [5]), aufgehoben und es kann in dieser Hinsicht auf die näheren Erörterungen in Abth. I S. 183 ff., dann Abth. II S. 179 verwiesen werden.

d. (die Rechtswohlthat der Güterabtretung).

Diese Rechtswohlthat ist bekanntlich altrömischen Ursprungs und es bildet die „cessio bonorum" einen Titel der Digesten (42, 3) und des Codex (7, 71). Sie setzte unverschuldeten Vermögensverfall voraus und bewirkte Befreiung von der persönlichen Haft, gewährte einen Anspruch auf Kompetenz und schützte den Ueberschuldeten vor dem Zugriffe auf

---

3) Dieses Verfahren mit dem „Spahn- und Wasenschnitt", dem „Gantstuhl" und der ächt deutschen Sitte des Verkaufs durch Abgebot, nicht durch Steigerung, verdient mehr Beachtung als ihm bisher zu Theil wurde.

4) Dagegen mußten sich die Ausführungsgesetze mit dieser Frage beschäftigen und das Bayerische Gesetz über Zwangsvollstreckung beseitigt die bisherige Ewiggeldgant (in Art. 164—168).

5) Diese Aufhebung tritt auch dann ein, wenn solche Präliminarien oder Vermögensuntersuchungen bisher landesrechtlich nicht als ein Theil des Konkursverfahrens behandelt worden sind, sondern als selbständiges Rechtsinstitut in der Gesetzgebung erscheinen. Natürlich aber nur insoweit es sich um „konkursmäßige" Vermögensuntersuchungen handelt, das heißt um Untersuchungen, welche den Zweck haben, festzustellen, ob ein Konkurs eröffnet werden solle oder nicht. Andere Arten der gerichtlichen Vermögensuntersuchungen, wie sie z. B. behufs der Einkindschaftung und in einzelnen anderen Fällen vorkommen, werden von der Aufhebungsbestimmung des §. 4 nicht berührt.

neuerworbenes Vermögen, bevor dieses beträchlich geworden ist[6]). Die persönliche Haft trifft nunmehr überhaupt keinen Schuldner mehr, die Kompetenz der Ueberschuldeten richtet sich fortan nach §. 1 Abs. 2 und §§. 118, 120 der KO. Was aber die Einschränkung der Exekution in neuerworbenes Vermögen betrifft, so kann dieselbe Angesichts der kategorischen Vorschrift des §. 152 der KO. nicht mehr in Frage kommen[7]).

e. (landesherrliche oder gerichtliche Bewilligung einer allgemeinen Zahlungsstundung).

Die Römischen Imperatoren legten sich die Befugniß bei[8]), die Exequirung des Ueberschuldeten im Gnadenwege zu sistiren und dasselbe Gnadenrecht ging dann auf die Deutschen Kaiser[9]) und sodann auch auf die Landesherren allgemein über[10]). Man nannte diese Wohlthat: ein „Moratorium" und bewilligte sie durch „literae induciales", „eiserne Briefe", „Anstandsbriefe", „Indulte" u. dergl. Mitunter war auch die Ertheilung der Stundung den Gerichten übertragen[11]). Beliebt war diese Einrichtung niemals in Deutschland, die Motive führen das Sprichwort an: „Quinquenellen gehören in die Höllen" und in vielen Ländern wurde das ganze Rechtsinstitut gesetzlich aufgehoben[12]). Deshalb beseitigt mit Recht der vorstehende Paragraph die Generalmoratorien, mögen sie vom Landesherrn oder von den Gerichten ausgehen, wie denn auch §. 14 Ziff. 4 des Einf.-Ges. zur Civilprozeßordnung die Spezialmoratorien für die Zukunft ausschließt[13]).

---

6) Vgl. Seuffert, Pandekten §. 253.

7) Indessen ist die Rechtswohlthat der Kompetenz, welche dem Schuldner nach früherem Rechte in Folge einer Güterablösung zustand, dann durch die obige Aufhebung nicht entzogen, wenn das Verfahren schon vor dem Inkrafttreten der KO. beendigt war. Vgl. Erk. des RG. v 18. Juni 1881. (Entscheid. Bd. VI S. 147.)

8) Codex 1, 19.

9) Reichs-Polizei-Ordnung v. 1577 Tit. 23 §. 4.

10) Nach der Parömie: Quidquid Jmperator potest facere in toto imperio, id quilibet status potest facere in suo territorio.

11) Daneben bestund auch noch das Institut des salvus conductus contra creditores und andere „dergleichen Reichs-Hofräthliche Verordnungen, welche zwar kein völliges Moratorium ausmachen, aber oft noch beschwerlicher sind", wie Kreittmayr sagt. Anmerk. zum Cod. jud. Cap XVIII §. 12 lit. a.

12) In Bayern durch Gesetz v. 25 Juli 1850 (Gesetzblatt S. 349)

13) Es wird kaum der Erwähnung bedürfen, daß durch die Aufhebung der „allgemeinen Zahlungsstundung" natürlich auch die Bewilligung von

Sollten große allgemeine Unglücksfälle eine außerordentliche Maßregel erfordern, so würde hiezu ein Akt der gesetzgebenden Gewalt erfordert werden.

f. (über das Konkursrecht).

„Der Ausdruck: Konkursrecht" — sagen die Motive [14]) — „hat eine feste Bedeutung erlangt. Er begreift die Bestimmungen in sich über die rechtlichen Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung und die Wirkungen der letzteren im Verhältniß zum Gemeinschuldner, den einzelnen Gläubigern, den Schuldnern des Kridars und zu dritten Personen; andererseits umfaßt er nur die Wirkung des Konkursverfahrens auf die von diesem unmittelbar betroffenen Rechtsverhältnisse, nicht aber die Einwirkung auf Rechtsverhältnisse, soweit diese oder die Wirkung außerhalb des Bereichs eines Konkursverfahrens bleiben, also nicht z. B. die Rechte eines Absonderungsberechtigten zu einem dritten Erwerber der Sache, die Rangverhältnisse verschiedener Absonderungsberechtiger, die Einwirkung des Konkurses des Hauptschuldners auf das Verhältniß des Gläubigers zu einem Bürgen u. s. w." Mitunter werden sicherlich Kontroversen entstehen, ob die eine oder andere Bestimmung zum „Konkursrechte" gehöre und daher aufgehoben sei. Allein es ist jedenfalls Sache der in den einzelnen Ländern ergehenden Ausführungsgesetze, hier die Partikularrechte zu durchmustern und speziell diejenigen Gesetze, Gesetzesartikel, Verordnungen und sonstigen Normen zu beseitigen, welche man als aufgehoben erachtet.

Für Bayern hat das Gesetz vom 23. Februar 1877, betreffend die Ausführung der Reichscivilprozeßordnung und der Reichskonkursordnung, in Art. 235 das ganze bisherige Konkursrecht formell dadurch beseitigt, daß es die desfallsigen Gesetze und Ordnungen einzeln aufzählt und sie als abgeschafft erklärt. Es geschah dies, wie die Motive hiezu sagen, um den Bedürfnissen der Uebersichtlichkeit des noch praktisch anwendbaren Rechtsstoffes entgegenzukommen; und insoweit für den theils unveränderten, theils modifizirten Fortbestand einzelner Bestimmungen des bisherigen Rechtes der Konkursordnung und den übrigen Reichsgesetzen gegenüber noch Raum und Anlaß gegeben war, hat das erwähnte Gesetz diese Bestimmungen selbständig formulirt. Es gibt sonach in seinen 236 Artikeln eine ganz erschöpfende Zusammenfassung alles Partikularrechtes, welches

---

Fristen, der Nachlaß von rückständigen Zinsen und jede sonstige Art von Hinderung der Exekution und bez. des Konkursverfahrens beseitigt erscheint.

14) S. 468.

in diesen Materien noch in Geltung bleibt, so daß was hierunter nicht enthalten ist, als derogirt erscheint, auch wenn es allenfalls mit der Konkursordnung noch vereinbar sein sollte.

Anders verfuhr man in Preußen. Das Ausführungsgesetz vom 6. März 1879 behielt eine Anzahl bisheriger konkursrechtlicher Vorschriften bei[15]), z. B. nach §. 54 die Artikel 551—553 des Rheinischen Handelsgesetzbuches (wonach der Ehefrau eine gesetzliche Hypothek an allen Liegenschaften ihres Ehemannes unabhängig von jeder Eintragung zusteht); nach §. 65 u. bez. 15 des §. 150 der Pr. KO. (wegen Eintragung der Eröffnung oder Aufhebung des Konkursverfahrens im Grund- und Hypothekenbuch); ferner der §§. 46—71 (betreffend die Rangordnung der Realgläubiger in Beziehung auf Immobilien, Seeschiffe u. s. w.), die §§. 416—420 (über die Vertheilung der Revenuen von Immobilien); dann die §§. 435, 436 Abs. 1, 437 Abs. 1, 438, betreffend die Rechtswohlthat der Kompetenz[16]).

g. (insoweit nicht in der Konkursordnung auf sie verwiesen oder bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden).

Die KO. verweist in §. 20 auf die partikularrechtlichen Bestimmungen über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens auf einzelne Rechtsverhältnisse[17]); in §. 39 auf die Bestimmungen über Umfang der Immobiliarmasse[18]) und die Rangordnung der aus derselben zu befriedigenden Ansprüche; in §§. 43 und 45 wird für das Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer, dann der Lehen-, Stammguts- oder Fideikommißgläubiger ein Vorbehalt gemacht[19]); im §. 106 wegen

15) Vgl. v. Wilmowski, Ausführungs- und Uebergangsgesetze zur Reichskonkursordnung (Berlin 1880) S. 49.

16) Die im Ausführungsgesetze noch aufrecht erhaltenen §§. 342—361 über das erbschaftliche Liquidationsverfahren sind durch das Gesetz v. 24. März 1879 betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger ersetzt.

17) Vgl. Abth. I S. 280 ff.

18) Für Bayern wird der Umfang der Immobiliarmasse durch Art. 2 der Subhastationsordnung festgestellt. Es gehören dazu:

1) diejenigen körperlichen Sachen, welche nach dem bürgerlichen Rechte als unbewegliche Sachen gelten,
2) diejenigen Rechte, welche Gegenstand der Hypothekbestellung sein können.

Die Rangordnung der aus der Immobiliarmasse zu befriedigenden Gläubiger ist für Bayern durch die §§. 107—116 der Subhastationsordnung bestimmt.

19) Vgl. Abth. I S. 553.

der Frage der Eintragung der Eröffnung und Aufhebung des Konkursverfahrens in Grund- und Hypothekenbüchern auf die Landesgesetze verwiesen[20]); und endlich in §. 180 die Wirkung der festgestellten Konkursforderung im Falle eines Zwangsvergleichs mit der landesgesetzlichen Wirkung eines Urtheils in Analogie gestellt.

Der §. 35 gehört meines Erachtens nicht hieher, denn er verweist nicht auf eine konkursrechtliche Bestimmung der Landesgesetze; ebenso gewährt der §. 117 dem Verwalter nur Befugnisse, welche außerhalb des Konkursrechtes stehen[21]).

h. (die Strafvorschriften).

Vgl. hierüber die Einleitung zum III. Buch der KO. §. 6 (Abth. III S. 11). Nur die Strafvorschriften sind übrigens aufgehoben, die Folgen der Konkurseröffnung auf die bürgerlichen, politischen und Ehrenrechte bleiben nach Maßgabe der betreffenden Landesrechte auch fernerhin in Kraft, vgl. Abth. II S. 149 ff.

---

20) Das Bayerische Ausführungsgesetz bestimmt in Art. 33:

Begreift die Konkursmasse unbewegliches Vermögen des Gemeinschuldners in sich, so hat der Eintrag des Konkurseröffnungsbeschlusses im Hypothekenbuche zu erfolgen. Zu diesem Behufe hat der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts dem Hypothekenamte beglaubigte Abschrift der Formel des Eröffnungsbeschlusses mit Angabe des Datums desselben unverzüglich mitzutheilen.

Ist das zur Konkursmasse gehörende unbewegliche Vermögen des Gemeinschuldners oder ein Theil desselben im Hypothekenbuche noch nicht eingetragen, so hat der Konkursverwalter den Eintrag unter Vorlage der zur Eröffnung eines Hypothekfoliums erforderlichen Nachweise bei dem Hypothekenamte zu veranlassen.

Auf die Aufhebung, Einstellung und Wiederaufnahme des Konkursverfahrens findet die Vorschrift in Abs. 1 entsprechende Anwendung.

(Die dem materiellen Hypothekenrechte angehörige Vorschrift des §. 73 des Hypothekengesetzes — daß nach erfolgter Einschreibung dieser Mittheilung im Buche keine Belastung mehr eingetragen werden darf — wird durch die nur das Verfahren betreffende gesetzliche Bestimmung nicht berührt.)

21) Bei der zweiten Lesung des Einf.-Gesetzes wurde von Seite des Abg. Möring ein Antrag auf Vorbehalt landesgesetzlicher Vorschriften über Erweiterung des Zurückbehaltungsrechtes gestellt, aber nicht angenommen, vgl. K. Prt. S. 202—204.

§. 5.

Vorbehalt einzelner landesgesetzlicher Bestimmungen.

Unberührt bleiben[a]):

1) die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Lehen, Stammgüter oder Familienfideikommisse [b]) betreffen;

2) die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Nichtbefolgung der Vorschriften über die Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechts unter Strafe stellen [c]).

a. (Unberührt bleiben.)

Dieser Ausdruck ist nicht wörtlich zu nehmen; er soll — wie dies auch die Motive bemerken — nur sagen: „von der in §. 4 dekretirten Aufhebung bleiben ausgenommen." Den Hauptfolgesatz dieser „Nichtaufhebung" gibt der §. 45 der KO. und es sind hierüber die Erläuterungen in Abth. I S. 559 und 560 zu vergleichen. Außerdem würden noch insbesondere etwaige landesgesetzliche Vorschriften über Lehenskompetenz, über den Verlust des Lehens wegen Ueberschuldung, über Succession des nächsten Agnaten in das Stammgut bei Krida des Besitzers, über die dem Fideikommißbesitzer zu gewährende Kompetenz und dergleichen in Frage kommen. Aber einestheils ist (wie zu §. 45 bemerkt) sehr wohl möglich, daß, im Falle die Landesgesetze hinsichtlich der Behandlung überschuldeter Lehen, Stammgüter und Fideikommisse nur auf das Konkursrecht überhaupt verweisen, nunmehr die Deutsche Konkursordnung auch für diese abgesonderte Behandlung der betreffenden Objekte Einfluß übt, dann aber — und dies ist von Wichtigkeit — werden meines Erachtens alle allgemeinen rechtlichen Beziehungen eines überschuldeten Lehensholden, Stammguts- oder Fideikommißbesitzers nicht wohl nach anderen Gesetzen als den Vorschriften, wie sie die Konkursordnung gibt, behandelt werden können. Wenn z. B. der überschuldete Fideikommißbesitzer irgend eine Verfügung hinsichtlich der Renten [1]) oder auch der Substanz treffen würde, bei welcher die Anfechtbarkeit in Frage käme, würde wohl — mögen die gewöhnlichen oder die Fideikommißgläubiger die Anfechtung betreiben — die Grundsätze des III. Titels der KO. zur Anwendung kommen müssen [2]).

---

1) Dies versteht sich von selbst, da diese zur allgemeinen Masse — in der Regel wenigstens — gehören werden.

2) Denn die formelle Anwendung des Gesetzes über die Anfechtung von Rechts-

b. (Lehen, Stammgüter oder Familienfideikommisse).

Was als Lehen, Stammgut oder Familienfideikommiß zu erachten sei, richtet sich nach dem Landesrechte. Selbstverständlich wird aber vorausgesetzt, daß diese Institute im Partikularrecht eine anerkannte rechtliche Existenz haben. Die bloße Benennung oder der faktische Zustand[3]) genügt nicht, um diesen Objekten eine exemte Stellung zu gewähren; es heißt deshalb im Gesetze auch nur: „die landesgesetzlichen Vorschriften (über diese Objekte) bleiben unberührt."

c. (unter Strafe stellen).

Derartige landesgesetzliche Vorschriften finden sich im Preußischen Einführungsgesetze zum Handelsgesetzbuch Art. 40, 31[4]), 52 §. 2 Nr. 1[5]) und im Einführungsgesetz für Elsaß-Lothringen Art. VII Nr. 1.

Im Bayerischen Ausführungsgesetze[6]) Art. 213 ist für den Nichtveröffentlichungsfall dem Notar eine Ordnungsstrafe, dem Kaufmanne aber, falls er später seine Zahlungen einstellt, eine Gefängnißstrafe bis zu 2 Jahren angedroht.

Eine weitergehende Bestimmung hat das Gesetz unterlassen, dasselbe hat die Folgen der unterlassenen Anzeige nicht festgestellt. Wo demnach (wie im Pr. LR. Thl. II Tit. 1 §. 422 ff.; Bayerisches Notariatsgesetz Art. 48 Abs. 2) nur die Veröffentlichung der Eheverträge im Allgemeinen vorgeschrieben ist, richtet sich das Recht, welches die Gläubiger im Konkurse aus einer Nichtveröffentlichung ableiten können, nach den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen.

---

handlungen außerhalb des Konkurses ist ausgeschlossen, eben weil ein Konkurs vorliegt. Materiell indessen macht dies keinen erheblichen Unterschied.

3) Z. B. im bayerischen Franken gibt es eine große Anzahl von Gütern, welche Stammgüter sind und seit Jahrhunderten in der Familie erben; allein vom Rechte sind sie nur unter gewissen Voraussetzungen als solche anerkannt.

4) Gefängniß bis zu 2 Jahren trifft den Kaufmann, welcher seinen Ehevertrag nicht vorlegt, Geldbuße den Notar, welcher dies versäumt, möglicherweise Amtsentsetzung

5) Die Bestimmung, welche eigentlich nur einen besonderen Fall des einfachen Bankerutts spezifizirt, wird neben dem §. 210 der KO. sich schwer halten lassen, um so schwerer, als die Ziff. 2 und 3 dieses §. 2 jedenfalls derogirt erscheinen; indessen die Absicht des Gesetzgebers war unzweifelhaft die Aufrechthaltung.

6) Diese Artikel gelten nur für die Pfalz.

§. 6.

Vorbehalt der Bayerischen Gesetze vom 29. April 1869.

Die Bestimmungen der §§. 193, 194, 196, 214 der Konkursordnung finden auf Vereine und registrirte Gesellschaften, welche auf Grund der bayerischen Gesetze vom 29. April 1869, betreffend die privatrechtliche Stellung der Vereine sowie der Erwerbs- und Wirthschaftsgesellschaften, bestehen, entsprechende Anwendung.

I. Herr Appellrath Dr. Hauser bemerkte über diesen Paragraphen bei der Berathung [1]) Folgendes:

„Der Paragraph betreffe zwei verschiedenartige Personenvereinigungen des Bayerischen Rechts. Die „Vereine", von welchen hier die Rede sei, seien privatrechtliche Vereine, welche nicht Erwerbsgeschäfte treiben, sondern Wohlthätigkeits-, Bildungs-, Unterhaltungszwecke und dergleichen verfolgen. Diese Vereine haben, wenn die Anerkennung ihrer Statuten bei Gericht erwirkt sei, Privatrechtsfähigkeit. Sie haben in dem Vorstande und der Generalversammlung ihre Organe, auch könne ein Aufsichtsrath bestellt werden. Für Schulden hafte nur das Vereinsvermögen, die einzelnen Mitglieder haben nur statutenmäßige Beiträge zu leisten. — Die „registrirten Gesellschaften" seien eigentliche Erwerbsgenossenschaften, nur mit dem Unterschiede, daß die Solidarhaft statutenmäßig ausgeschlossen sei, und die Mitglieder nur mit ihren Einlagen und wiederkehrenden Beiträgen haften. Seit der Ausdehnung des Reichsgesetzes [2]) über Genossenschaften könnten sich neue „registrirte Gesellschaften" in Bayern nicht mehr bilden. Der vorstehende Paragraph beziehe sich daher nur (auf die eingetragenen Vereine und) auf die früher nach Bayerischem Rechte rechtsgültig entstandenen Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht. Diese beiden Arten von Personenvereinigungen würden, wenn dies nicht ausdrücklich verfügt wäre, von den besonderen Bestimmungen des Titel 8 Buch II der KO. nicht getroffen worden sein, weshalb eine ergänzende Vorschrift als nothwendig sich darstelle."

---

1) K. Prt. S. 135.

2) Durch das Reichsgesetz vom 23. Juni 1879 (R.-G.-Bl. S. 146) wurde das Gesetz des Norddeutschen Bundes v. 4. Juli 1868, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften, nebst dem Reichsgesetze v. 19. Mai 1879, betreffend die Deklaration des §. 1 jenes Gesetzes, v. 13. August 1873 an in Bayern eingeführt.

II. Die beiden Bayerischen Gesetze finden sich abgedruckt im Gesetzblatt von 1869 in Stück LVIII und LIX (Seite 1153 — 1194 und Seite 1197—1216). Das erste Gesetz, „die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Gesellschaften" betreffend, behandelt im I. Hauptstück die Gesellschaften mit solidarischer Haftpflicht, welche als „Genossenschaften" bezeichnet werden, und im II. Hauptstück die „registrirten Gesellschaften", welche im Gesellschaftsvertrage die Solidarhaft ausschließen. Das zweite Gesetz, „die privatrechtliche Stellung von Vereinen" betreffend, beschäftigt sich mit „Personenvereinigungen", soweit sie nicht auf einzelne bestimmte Personen beschränkt sind und nicht zu den Korporationen u. s. w. gehören.

III. Die entsprechende Anwendung des §. 214 der KO. bietet keinen Anstand; die Strafvorschriften der §§. 209—211 werden unter Umständen auf die Vereinsvorstände und die Mitglieder des Vorstandes einer registrirten Gesellschaft wirksam werden. Es frägt sich nun aber, nachdem die §§. 193, 194 einerseits (welche von Aktiengesellschaften handeln) und §. 196 anderseits (welcher von der Genossenschaft handelt) als analog anwendbar erklärt sind, wie es hinsichtlich dieser Anwendung zu halten sei; finden die Bestimmungen über Aktiengesellschaften [3]) auf die Vereine, und die über Genossenschaften [4]) auf die registrirte Gesellschaft, oder beide Bestimmungen zusammen auf beide Arten Anwendung? Ich glaube, Letzteres. Hiernach kann über eine registrirte Gesellschaft der Konkurs auch im Falle der Ueberschuldung eröffnet werden [5]) und auch im Konkurse über einen „anerkannten Verein" ist der Zwangsvergleich ausgeschlossen.

---

§. 7.

Vorbehalt des Fürstenrechtes.

In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der Mitglieder der Fürstlichen Fa-

---

3) Nach welchen der Konkurs auch bei Ueberschuldung eintritt und der Zwangsvergleich zulässig ist.

4) Nach welchen der Konkurs auch nach §. 48 des Genossenschafts-Gesetzes eintritt und der Zwangsvergleich nicht zulässig erklärt wird.

5) Dies bestimmt auch Art. 78 des Bayerischen Gesetzes.

milie Hohenzollern finden die Bestimmungen der Konkursordnung nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

I. Der Konkurs bei fürstlichen Personen wurde von jeher nicht unter das Gemeine Recht gestellt; er hatte ehedem sogar einen eigenen Namen, indem er fast ausnahmslos als „processus conturbationis“ bezeichnet wurde. Der obige Vorbehalt, welcher sich den gleichen Vorbehalten in dem Gerichtsverfassungsgesetze (§. 5), in der Civilprozeßordnung (§. 5) und der Strafprozeßordnung (§. 4) anschließt, ist demnach schon historisch begründet.

II. Der Fürstlichen Familie Hohenzollern ist durch den sog. Accessionsvertrag vom 7. Dezember 1849 der bisherige Rang und eine ihren verwandtschaftlichen und sonstigen Verhältnissen zum k. Preußischen Hofe entsprechende bevorzugte Stellung in Preußen zugesichert, welche nun durch die obigen ausdrücklichen Bestimmungen auf das Gebiet der Reichsgesetzgebung erweitert erscheint. Eine analoge Ausdehnung dieser Privilegien auf andere vormals souveräne Familien ist selbstverständlich ausgeschlossen; unter „Landesherren“ und „landesherrlichen Familien“ sind nur die zur Zeit regierenden Häuser begriffen; Nassau, Hessen-Cassel und Hannover, dann die früher Mediatisirten, darunter auch die Familien Taxis [1]) und Schönburg [2]), fallen nicht hieher [3]).

III. Nach den Motiven zum Gerichtsverfassungsgesetze (S. 211) soll der Vorbehalt die Privilegien der Landesherren und der Mitglieder ihrer Familien nur im eigenen Lande sichern, in einem anderen Bundesstaate aber sollen sich dieselben auf das Recht ihres Staates nicht berufen können. Diesen Schluß finde ich richtig, nicht aber die erste allgemeine Folgerung. Wenn ein Mitglied eines regierenden Hauses irgendwo in Deutschland seinen Wohnsitz hätte [4]) und in Konkurs geriethe, also beim Gerichte seines

---

1) Welche in Bayern noch eximirte Gerichtsbarkeit hatte.

2) Welche in Sachsen eine ganz besondere Stellung einnimmt.

3) Die Frage wegen Knyphausen darf ich wohl übergehen; ebenso scheint mir nicht nöthig, jetzt schon zu erörtern, wie es zu halten wäre, wenn über einen fremden Souverän in Deutschland etwa gemäß §. 208 der KO. ein Konkurs eröffnet werden müßte. Sollte sich solch' ein Fall ereignen und ich noch am Leben sein, verspreche ich die Frage nachträglich zu behandeln.

4) Beim Landesherrn selbst kann ja ohnehin der Fall eines Konkurses in einem anderen Staate als dem eigenen faktisch (wegen §. 13 der Civ.-Pr.-O.) nicht vorkommen.

Wohnortes dieser Konkurs verhandelt würde, so könnte er sich allerdings bei diesem Gerichte auf seine Landesgesetze nicht berufen, denn Landesgesetze gelten eben nur so weit als das Land reicht[5]). Aber nachdem §. 7 die „Hausgesetze" besonders erwähnt und damit den Satz proklamirt, hier solle ausnahmsweise noch die „Willkür" angehen, bezweifle ich nicht, daß auch das Gericht eines Bundesstaates, in welchem das Haus, dessen Mitglied in Konkurs geräth, nicht regiert, an die Hausgesetze gebunden ist[6]).

V. Das Gesetz sagt nicht „der bestehenden Landesgesetze"; es können daher auch jetzt noch landesgesetzliche Bestimmungen in dieser Materie erlassen werden. Diese werden aber meines Erachtens der Beschränkung des §. 5 des Einf.-Ges. zur Civ.-Pr.-Ordg. gleichfalls analog unterworfen sein; es wird weder die völlige Rechtlosigkeit Dritter ausgesprochen[7]), noch auch die Zulässigkeit der Konkurseröffnung von der Einwilligung des Landesherrn abhängig gemacht[8]) werden dürfen.

VI. Zur „Konkurseröffnung" gehören in Folge der Vorschrift des §. 65 derselben auch jene singulären Vorschriften der Civ.-Pr.-Ordg., welche (§. 196) über das persönliche Erscheinen, dann (§. 340) über die Art der Vernehmung, und (§. 441 und 444) die Eidesleistung des Landesherren und der Mitglieder ihrer sowie der Fürstlich-Hohenzollern'schen Familie gegeben sind. Diese Privilegien genießen die Genannten also auch dann, wenn sich in den Landesgesetzen oder Hausverfassungen diese Ausnahmen nicht befinden.

---

5) Obwohl man doch erst sagen könnte, die Privilegien gehören zum Rechte des Statuts und dieses folgt der Person.

6) Anderer Meinung Meisner S. 393. Ebenso Fitting §. 2 II, welcher sich dahin ausdrückt: „in anderen Bundesstaaten haben die genannten Personen blos diejenigen Vorrechte, welche ihnen die Reichsjustizgesetze ausdrücklich gewähren."

7) Z. B. daß wegen Schulden eines Mitgliedes überhaupt kein Konkurs eröffnet werden dürfe.

8) Sollte eine solche Bestimmung schon bestehen, so wäre sie meines Dafürhaltens durch §. 5 des Einf.-Ges. zur Civ.-Pr.-O. derogirt.

§. 8.

Unwirksamkeit der Konkursordnung auf schon eröffnete Konkurse.

Ein vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren ist nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Konkursordnung auf die Erledigung der vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung anhängig gewordenen Konkurssachen für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Uebergangsbestimmungen zu erlassen.

I. Gesetze haben keine rückwirkende Kraft; von diesem Satze macht der §. 8 eine ausdrückliche Anwendung. Als das Rechtsverhältniß, für welches die Konkursordnung im Allgemeinen maßgebend ist, erscheint die durch gerichtliche Eröffnung der Krida festgestellte Zahlungsunfähigkeit. Es kommt demnach weder auf die Eingehung der einzelnen Schuldverhältnisse, noch auf den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit an; selbst eine formelle Zahlungseinstellung entscheidet nicht; es muß das „Konkursverfahren" vor dem Tage des Inkrafttretens [1]) eröffnet sein. Wann dieser Zeitpunkt eingetreten ist, beurtheilt sich gleichfalls nach den zur Zeit gültigen partikularrechtlichen Bestimmungen [2]). Keinenfalls genügen etwa eröffnete Präliminarien, die Einleitung eines Debitverfahrens, die Insolvenzerklärung des Schuldners, der Konkursantrag von Gläubigern u. s. w. Anderseits wird dadurch, daß nicht der Ausdruck „Beginn des Konkurses" gewählt wurde, die Kontroverse [3]) ausgeschlossen, ob die Erlassung des decretum de aperiundo genüge oder die Ausschreibung der Ediktalien erfolgt sein müsse, und dergleichen. Der richterliche Ausspruch eröffnet jedenfalls „das Verfahren" und zwar genügt es (nach dem Bayerischen Ausführungsgesetze Art. 231) [4]), wenn der Beschluß auf Ganteröffnung, das Ganterkenntniß (nach der früheren Bayerischen Prozeßordnung) in öffentlicher Sitzung erlassen ist [5]); daß er bereits rechtskräftig sei, wird

---

1) Ein am Tage des Inkrafttretens eröffnetes Verfahren ist also vollständig nach der neuen Konkursordnung zu behandeln.

2) Erk. des RG. vom 10. Nov. 1882 (Blum, Annalen Bd. VII S. 73).

3) Eine in der Bayr. Praxis früher sehr viel besprochene, auch im gemeinrechtlichen Verfahren ventilirte Streitfrage.

4) Ebenso Petersen S. 551, v. Wilmowski S. 530.

5) Ich hatte in der I. Aufl. auf Grund des §. 18 des Einf.-Gesetzes zur

nicht erfordert [6]). In Folge dessen ist die etwa ergriffene Berufung sowohl in formeller wie materieller Hinsicht nach dem bisherigen Rechte zu behandeln.

II. Die Motive (S. 471) exemplifiziren den Umfang der Anwend-

---

Civilprozeßordnung die entgegengesetzte Ansicht vertreten, hiebei aber anerkannt, daß sich hierüber streiten läßt; man könne sagen: „die höhere Instanz bestätigt entweder die Eröffnung, dann ist anerkannt, daß der Konkurs schon vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes eröffnet war, oder sie hebt die Eröffnung auf, dann ist ohnehin die Sache erledigt."

6) Theilt man meine frühere Ansicht, so ergibt sich die interessante Streitfrage, wie es zu halten sei, wenn der Beschluß auf Eröffnung des Konkurses vor dem Tage des Inkrafttretens der KO. ergangen ist, dieser Tag aber eintritt, bevor die Frist zur Einlegung der Rechtsmittel dagegen verstrichen war? Hierüber wäre Folgendes zu bemerken:

a) Daß nicht etwa von Amtswegen der erlassene Bescheid daraufhin aufzuheben und nun nach der neuen Konkursordnung zu verfahren ist, scheint mir unzweifelhaft.

b) Ebenso wird kein Zweifel bestehen, daß die Zulässigkeit der bereits eingelegten Rechtsmittel lediglich nach dem bisherigen Rechte zu beurtheilen ist.

c) Aber wonach richtet sich das Verfahren in der höheren Instanz? Offenbar nach der neuen Konkursordnung. Wäre also z. B. die Eröffnung des Verfahrens vom Erstrichter wegen „Ueberschuldung" ausgesprochen worden und hiegegen Berufung ergriffen, so müßte meines Erachtens der Oberrichter die Frage, ob das Dekret bestätigt oder abgeändert werden soll, lediglich davon abhängig machen, ob die Voraussetzung der Konkurseröffnung nach §. 94 der KO. gegeben sei, nicht aber davon, ob etwa nach den früheren Gesetzen ein Anlaß zur Verhängung der Gant bestanden hat.

d) Wie ist es schließlich, wenn das ergangene Dekret am 1. Oktober 1879 noch nicht rechtskräftig, aber auch bis zu diesem Tage noch nicht mit einem Rechtsmittel angefochten war? Läuft die frühere Appellations-, Rekurs-, Beschwerdefrist oder läuft die Frist der sofortigen Beschwerde nach §. 540 der CPO und sind überhaupt die nach dem früheren Rechte zulässigen Rechtsmittel oder das neugeschaffene einzulegen? Ich glaube das letztere; mit dem 1. Oktober 1879 haben die bisherigen gesetzlichen Institute vollkommen aufgehört, man kann wohl noch eine bereits eingelegte Appellation zu Ende führen, aber man kann keine neue mehr einlegen, da es von jenem Tage an keine solche mehr gibt. Was aber die Frist betrifft, so wende ich den §. 226 der Civ.-Pr.-O. analog an, und bei der Meinung, daß die zwei Wochen für die sofortige Beschwerde (mag vorher welch' immer für ein Theil der bisher zulässigen Frist verstrichen sein) vom 1. Oktober 1879 an neu zu laufen beginnt

ung der neuen KO. auf die vor dem Geltungstermine entstanden Rechtsverhältnisse folgendermaßen: „Die unmittelbaren Wirkungen, welche die Konkurseröffnung ausübt und welche der erste Titel in Ansehung des Umfangs der Konkursmasse (§. 1), der Rechte der Gläubiger an denselben (§§. 2—4), in Ansehung ihrer Verwaltung und der Verfügung über sie (§§. 5—9) sowie der Verfolgung der Forderungen gegen sie (§§. 10—14) normirt, müssen unzweifelhaft sofortige Anwendung finden; die vor der Eröffnung des Konkurses und dem Inkrafttreten des Gesetzes begründeten Rechtsverhältnisse sind diesen unmittelbaren Wirkungen der Konkurseröffnung unterworfen, Gleiches gilt von den Bestimmungen des zweiten Titels (§§. 15—21) über die Erfüllung schwebender Verträge. Die Gültigkeit und der Inhalt der Verträge wird nicht in Frage gestellt. In Frage steht nur die Erfüllung und die Folge der Nichterfüllung. Es sind dies Wirkungen, welche die Konkurseröffnung unmittelbar und ausschließlich erzeugt. Sie verletzen nicht wohlerworbene Rechte.

„Erweiterungen eines civilrechtlichen Vindikationsanspruches für den Konkurs sind nicht Bestandtheile des Civilrechtes, nicht ein mit dem Erwerb des Eigenthums „wohlerworbenes Recht", sondern ein Privileg, welches durch und für die Konkurrenz mit den Konkursgläubigern den Berechtigten gewährt wird." Erweiterungen, welche das bisherige Konkursrecht für eine Vindikation im Konkurse aufgestellt hat, fallen daher in einem nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffneten Konkurse hinweg; es bleibt bei dem „Civilrecht" und §. 35 findet daher unbestritten in allen nach dem 30. September 1879 eröffneten Konkursen Anwendung ohne Rücksicht auf die Zeit, in welcher das im Konkurse geltend gemachte Eigenthum erworben wurde. „Es fallen also nicht blos die bisherigen Privilegien der Käufer und Verkäufer fort, sondern auch die gemeinrechtlichen Prärogativen der Ehefrau[7]). Aus demselben Grunde kommen die Erweiterungen, welche die KO. in den §§. 36 und 38 gewährt, den früher erworbenen Eigenthumsansprüchen zu Gute. Ihnen könnten nur die Rechte der Konkursgläubiger auf die Konkursmasse entgegengehalten werden, aber diese Rechte werden auch erst wieder durch die Konkurseröffnung und nach Maßgabe der Konkursordnung begründet. — Hinwieder erscheinen die Beschränkungen, welche ein Eigenthümer in der Verfolgung seiner Eigenthumsansprüche im Konkurse erleidet, als ein Privileg für die Konkursgläubiger. Auch die Beschränkungen des bisherigen Konkursrechtes fallen demnach hinweg. (Vgl. hierüber noch die Erörterung Nr. III.) Massenansprüche entstehen erst nach der Konkurs-

7) Vgl. Abth. I S. 455 ff., dann S. 470 ff.

eröffnung, die Bestimmungen des Tit. 7 müssen daher in einem nach dem Geltungstermine der Konkursordnung eröffneten Konkurse unbeschränkt wirksam sein. Die Rangverhältnisse der Konkursgläubiger endlich und der Umfang ihrer Rechte für den Konkurs werden ebenfalls erst durch den Konkurs begründet. Ein Zweifel über die Anwendbarkeit der Bestimmungen des 8. Titels auf die — wenn auch vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung entstandenen — desfallsigen Ansprüche in einem unter der Herrschaft der KO. eröffneten Verfahren kann füglich nicht obwalten."

Daß das ganze zweite Buch, die Vorschriften über das Verfahren, auf dieses angewendet werden müsse, sobald es nach dem Geltungstermine der KO. eröffnet wird, ist klar. Und auch bezüglich der §. 152 wird nicht bezweifelt werden können, daß das etwa im bisherigen Rechte bestandene Privileg des Gemeinschuldners, wegen des Ausfalles in einem Konkurse nicht sofort, sondern erst wenn er zu einigem Vermögen wieder gelangt ist, belangt werden zu können, am 30. September 1879 wegfällt[8]).

III. Zweifel erregt die Anwendung des §. 37 der KO. Es ist durch die Fassung dieses Paragraphen, wie bereits vorher erwähnt, und nachdem das Einführungsgesetz nirgends eine Beschränkung seiner Anwendbarkeit statuirt, die Möglichkeit gegeben, daß der Richter auf jede Inanspruchnahme Seitens der Ehefrau, welche nach dem 30. September 1879 in einem Konkursverfahren erfolgt, einfach die gesetzliche Vorschrift anwendet, daß die Ehefrau den Beweis ihres Erwerbes aus eigenen Mitteln führe. Im Allgemeinen wird dies auch richtig sein[9]). Geh. Rath Hagens hat sich hierüber bei der Berathung in folgender Weise ausgesprochen[10]): „nach seiner Ansicht bleibe es hinsichtlich der Vindikationsansprüche der Ehefrau, welche auf einen vor dem Inkrafttreten der KO. vollendeten Eigenthumserwerb gegründet werden, bei dem bestehenden Gesetze, soferne nemlich dieses nicht strenger sei, also dem Vindikationsanspruche keine,

---

8) Daß ein in einem früheren Konkurse unbefriedigt gebliebener Gläubiger sich des Abs. 2 des §. 152 nicht bedienen könne, ergibt sich aus dem faktischen Umstande, daß ihm die „Feststellung in der Tabelle" fehlt. Die Vorschrift des ersten Absatzes aber wird auch, wie ich glaube, ihm zu Statten kommen; eine rückwirkende Kraft liegt darin nicht; denn die bisherige Freiheit des Gemeinschuldners von der sofortigen unbeschränkten Exekution beruht nur auf einer prozessualen Vorschrift und ist kein „erworbenes Recht" desselben.

9) Ebenso Petersen S. 556, welcher in der Vorschrift des §. 37 nur eine auf die Beweislast bezügliche Bestimmung findet, und Hullmann S. 367

10) K. Prt. S. 135.

oder nur einige der, aber nicht mehr als die von der KO. eingeführten Beschränkungen auflege. Die einzige Beschränkung, welche die KO. nach dieser Richtung enthalte, sei die der Ehefrau auferlegte Beweispflicht, und diese Beweispflicht werde im Grunde für kein Rechtsgebiet als Neuerung erscheinen."

Es läßt sich indessen auch die Ansicht vertreten, daß die Vorschrift des §. 37 nicht blos eine prozessualische Vorschrift über Beweislast, sondern eine materielle Beschränkung des Eigenthumserwerbes in Folge der Konkurseröffnung sei. Nach dieser Ansicht würde „allerdings, insoweit das Eigenthum vor dem Inkrafttreten der KO. von der Ehefrau nach dem sonst geltenden Rechte erworben wurde, in der Beschränkung der hierauf beruhenden Aussonderungsansprüche durch §. 37 dem Gesetze eine rückwirkende Kraft verliehen, was nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unzulässig wäre" [11]).

IV. Wenn der zweite Absatz des §. 8 der Landesgesetzgebung gleichsam das Recht gibt, die Konkursordnung rückwirken zu lassen [12]), so erstreckt sich dies wohl nur auf die Vorschriften über das eigentliche Verfahren. Insbesondere kann dieselbe die in den §§. 9, 10 und 11 enthaltenen Ausnahmen von der Rückwirkung keinenfalls beseitigen.

Bestritten ist, wie es sich verhält mit der Anwendung landesgesetzlicher, durch die Reichsgesetze abgeänderter Bestimmungen auf Zustände, welche unter der Herrschaft der früheren Gesetze begonnen haben, aber unter der Herrschaft der neueren fortdauern; insbesondere ob in Folge der neueren Gesetze die Aufhebung der Beschlagnahmen und Pfändungen von Sachen und Rechten, welche nunmehr gesetzlich nicht oder nur in geringerem Maße als ehedem dem Zugriffe der Gläubiger unterliegen, einzutreten hat. Z. B. in der am 4. Juli 1878 über den Kreiskassarevisionskontrolbeamtensverweser Adam verfügten Gant ist dessen Gehalt von jährlich 3600 Mark zur Masse gezogen und bei der Schlußvertheilung in den beschlagnahmten Bezug von 1800 Mk. jährlich zu einem Sechstel der Gläubiger Abraham für eine Forderung von 3000 Mark, zu einem Drittel der Gläubiger Isaak für eine Forderung von 6000 Mark und zur Hälfte der Gläubiger Jacob für eine Forderung von 9000 Mark eingewiesen. Kann nunmehr, nachdem vom 1. Oktober 1879 an zufolge §. 1 der KO. (vgl.

---

11) So v. Sarwey S. 898, dem Stieglitz S. 730 und v. Wilmowski S. 531 beistimmen.

12) In umgekehrter Richtung hat die Landesgesetzgebung natürlich keine Befugniß; sie kann nicht etwa für später ausbrechende Konkurse das bisherige Recht anwendbar erklären.

Abth. I S. 68) nicht mehr die Gehaltshälfte, sondern nur ein Drittel des Betrages über 1500 Mark, also nicht 1800 Mark, sondern nur 700 Mark in die Gant fallen, die Einweisung der Gläubiger in diesem Verhältnisse reduzirt werden? Ich glaube ja [13]) und zwar aus dem Grunde, weil die den Umfang der Masse bestimmenden gesetzlichen Vorschriften als Prohibitivgesetze erscheinen, als Vorschriften, welche mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl so und nicht anders normirt sind und daher der einer solchen Norm entgegenstehende Zustand von keinem Gerichte mehr geschützt werden darf [14]). Die Bayerische Praxis hat sich indessen anders gestaltet, indem auf die Autorität des Obersten Gerichtshofes nunmehr angenommen wird, daß die auf Grund der früheren Gesetze eingewiesenen Gläubiger ein wohlerworbenes Recht auf den Fortbezug der ihnen rechtskräftig zugesprochenen Quote erlangt haben, welches ihnen rückwirkend durch ein späteres Gesetz nicht mehr entzogen werden könne.

---

§. 9.

Anwendung der Konkursordnung auf die Anfechtung.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen auf eine vor dem bezeichneten Tage vorgenommenen Rechtshandlung Anwendung, soferne nicht dieselbe nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen ist.

§. 10.

Anwendung der Konkursordnung auf die Aufrechnung.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der §§. 42, 48 Nr. 3, 49 der Konkursordnung auf eine vor dem bezeichneten Tage abgetretene oder erworbene

---

13) Ebenso v. Wilmoski S. 530.

14) Vgl. das Erk. des Oberlandesgerichtes München vom 23. Dezember 1879 in Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. II S. 187.

Forderung Anwendung, sofern nicht die bisherigen Gesetze eine Aufrechnung zulassen oder eine Verpflichtung zum Schadensersatze nicht oder in geringerem Umfange begründen.

§. 11.

Anwendung der Konkursordnung auf Absonderungsrechte.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes über abgesonderte Befriedigung auf Pfand- und Vorzugsrechte Anwendung, wenngleich dieselben oder die Forderungen vor dem bezeichneten Tage erworben sind.

I. Die zeitliche Voraussetzung der in den §§. 9, 10 und 11 gegebenen Bestimmungen ist die gleiche; dieselben finden Anwendung in jedem Konkurse, in welchem die nach §. 100 der KO. festgesetzte Zeit auf einen späteren Tag als den 30. September 1879 lautet[1]). Da die sämmtlichen erwähnten Bestimmungen sich auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse beziehen und also die Möglichkeit vorhanden ist, daß das betreffende Rechtsverhältniß bereits vor dem 1. Oktober 1879 begründet wurde, so wäre an sich der Zweifel, wie weit sich die allgemeine Regel des Verbotes rückwirkender Kraft erstrecke, möglich gewesen, und das Gesetz hat daher mit Recht die Frage in terminis entschieden.

II. Der §. 9 erklärt unter der in Nr. I erörterten zeitlichen Modalität die Anfechtung nach Maßgabe der neuen Konkursordnung zulässig. „Das Anfechtungsrecht — bemerken die Motive[2]) — setzt wohlerworbene Rechte voraus. Abweichend von der Befugniß eines Kontrahenten, die Gültigkeit der Willenserklärung und des aus ihr folgenden Erwerbs wegen Betrugs, Zwangs oder dergleichen das Ent- und Bestehen des Rechtsverhältnisses bedingender Umstände anzufechten, geht das Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger davon aus, daß die Handlung des Gemeinschuldners demjenigen gegenüber, mit welchem oder für welchen er sie vorgenommen hatte, gültig erfolgt ist. Es will die vom Gemeinschuldner veräußerten Sachen wieder zur Konkursmasse ziehen, den Erwerber oder

1) Es ist bereits bemerkt, daß von der in §. 1 des Einf.-Ges. zum Gerichtsverfassungsgesetze eingeräumten Befugniß, den Termin früher anzusetzen, kein Gebrauch gemacht worden ist.

2) S. 472.

dessen Rechtsnachfolger zur Herausgabe verpflichten. Das Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger findet in dem Konkurse seine Begründung und seinen Ursprung; daher muß auch das zur Zeit der Konkurseröffnung, nicht das zur Zeit der Veräußerung oder sonstigen Rechtshandlung geltende Gesetz über das Anfechtungsrecht der Gläubiger angewendet werden. Es entscheidet die Frage, von wem, in welcher Weise und wie lange die Anfechtung im Konkurse ausgeübt werden kann (§. 29, 34 der KO.), und es begrenzt den Umfang des Anfechtungsrechtes, die Anfechtbarkeit und die Wirkungen einer Anfechtung." Die Anwendbarkeit der neuen Konkursordnung erstreckt sich daher vor Allem auf das Objekt der Anfechtung — nur diejenigen Akte können in einem nach dem 30. September 1879 eröffneten Korkurse angefochten werden, welche nach §. 22 der KO.[3]) als „Rechtshandlungen" erscheinen —, sodann auf die allgemeine Voraussetzung der Anfechtung. Wo nicht die fraus an sich (wie in den Fällen der §§. 24, 25) sondern die vermögensrechtliche Lage des Schuldners zur Zeit der Handlung die Grundlage des Anfechtungsrechtes bildet, kann die Anfechtung nach dem 30. Sept. 1879 nicht mehr auf einen concursus imminens, auf die Behauptung eines „materiell" bestandenen Konkurses, auf die Thatsache der Ueberschuldung gegründet werden, sondern es muß „Zahlungseinstellung" oder „Konkursantrag" nachgewiesen sein. Desgleichen kann der Dritte, sei er der beim angefochtenen Geschäfte Betheiligte selbst oder der Rechtsnachfolger eines Betheiligten, nur mehr nach dem in §. 30 Abs. 2 und §. 33 der KO. gegebenen Maße in Anspruch genommen werden. Und auch dieses nur dann, wenn die frühere Gesetzgebung dieses Maß selbst auch schon erkannt hatte oder darüber hinausging, nicht aber, wenn sie milder war, als die jetzige Konkursordnung. „Denn — sagen die Motive — in Ansehung des Dritten greift das Anfechtungsrecht die Wirksamkeit des von ihm geschehenen Erwerbes an; der Dritte kann sich also auf sein „wohlerworbenes" Recht berufen." Wenn und soweit er nach dem zur Zeit seines Erwerbes geltenden Gesetze unanfechtbar erworben hatte, kann eine Rückwirkung des neuen Gesetzes nicht mehr eintreten.

III. Auch in Bezug auf die Frage der Aufrechnung ist davon auszugehen, daß an sich der Berechtigte, wenn er nach dem früheren Gesetze in seiner eigenen Forderung eine Deckung besaß, in seinem „wohlerworbenen" Rechte rückwirkend nicht mehr geschädigt werden kann. Hiefür besteht aber nur eine Möglichkeit in den Fällen des §. 58 Nr. 3 und

---

3) Vgl. Abth. I S. 305 ff.

§. 49, wozu noch der Fall des §. 42 gezogen werden kann. Denn sowohl im Falle des §. 48 Nr. 1 wie in jenem des §. 48 Nr. 2 ist die eine in Frage kommende Forderung nach der Konkurseröffnung entstanden, hier muß also unter allen Umständen das neue Gesetz entscheiden.

IV. Bei dem Absonderungsrechte, welches der §. 11 behandelt, kommen Ausnahmen nicht vor, welche den Ausschluß der Anwendbarkeit des neuen Gesetzes bedingen [4]). Die Frage, welche Gläubiger abgesondert von dem Verfahren befriedigt werden sollen, welche Gegenstände zur Konkursmasse gezogen werden können und welche nicht, ist ebenso eine Frage des Konkursrechtes, wie diejenige, in welcher Weise und in welchen Formen die abgesonderte Befriedigung einzelner Gläubiger aus bestimmten ihnen verhafteten Gegenständen stattfinden soll [5]). Sonach muß für diese Frage auch die Zeit der Konkurseröffnung maßgebend sein, und es entscheidet auch für die vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung entstandenen Ansprüche dann, wenn der Konkurs nach dem 30. September 1879 ausbricht, lediglich das neue Gesetz. „Ein von der Konkursordnung (Titel 5) zugelassenes Absonderungsrecht kommt den älteren Ansprüchen zu Statten; Absonderungsrechte der bisherigen Gesetze, welche die Konkursordnung nicht anerkennt, verlieren ihre Geltung" [6]).

---

§. 12.

Vorbehalt für ältere vertragsmäßige Pfandrechte und Privilegien.

Insoweit Pfand- und Vorzugsrechte, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen

---

4) Es ließe sich denken, daß ein Gläubiger sich vertragsmäßig hätte versprechen lassen, daß er im Falle einer Ueberschuldung abgesondert befriedigt werden solle. Hier könnte man sagen; „der Gläubiger hat ein wohlerworbenes Recht auf abgesonderte Befriedigung, welches ihm nicht mehr rückwirkend genommen werden darf. Allein dies wäre (sofern nicht ein dingliches Recht an einer Sache hiefür bestellt ist) ein Privatvertrag über das gerichtliche Verfahren, wozu die Parteien nicht befugt sind.

5) Vgl. K. Prt. S. 136.

6) Die legislativen Erwägungen, welche diesen Satz besonders für Generalrechte und Gesammtprivilegien, dann für stillschweigende Hypotheken rechtfertigen, sind in den Motiven S. 473 u. 474 dargelegt.

Verfügung erworben oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, zufolge der Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes ihre Wirksamkeit verlieren, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten ein Vorrecht vor allen oder einzelnen der im §. 54 der Konkursordnung bezeichneten Forderungen gewähren.

Ist das Pfand- oder Vorzugsrecht auf einzelne bewegliche Gegenstände des Schuldners beschränkt, so kann das Vorrecht nur in Höhe des Erlöses derselben gewährt worden.

Das durch die vorstehenden Bestimmungen vorbehaltene Vorrecht kann nicht gewährt werden für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, daß dasselbe bis zum Ablaufe der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register vorschriftsmäßig angemeldet ist. Der Erlaß von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register, sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderungen bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten.

I. Dem Gesetze ist der in §. 11 ausgesprochene und hier näher erörterte Satz [1]), daß alle bisherigen in der Konkursordnung nicht gleichfalls enthaltenen Absonderungsrechte auch für die vergangene Zeit hinwegfallen sollen, in solcher Allgemeinheit zu hart erschienen: „Eine Schonung ist offenzuhalten — sagen die Motive — für vertragsmäßige Vorzugsrechte," und zwar wird die Schonung geübt für Generalhypotheken wie für Spezialhypotheken, für Generalprivilegien wie für Spezialprivilegien; denn „ein bedingungsloser Fortfall auch der Generalvorrechte könnte dazu führen, daß den Schuldnern die kreditirten Summen sofort gekündigt und damit ihr Ruin und auch die Beschädigung Dritter herbeigeführt würden."

---

1) Bei der Berathung (K. Prt. S. 136) bemerkte Dr Goldschmidt, der §. 11 setze die Regel, von welcher die §§. 12 u. 13 Ausnahmen statuirten. Hiegegen erinnerte Geh. Reg. Rath Hagens, daß dies nicht richtig sei, §. 11 enthalte den Satz, daß die Vorschriften der KO. über abgesonderte Befriedigung auch auf diejenigen Pfand- und Vorzugsrechte Anwendung finde, welche (beziehungsweise deren Forderungen) vor Einführung der KO. erworben sind; hievon sei die Frage unabhängig, ob man die Gläubiger, welche vor Einführung der KO. ein Vorzugsrecht oder ein Legalpfandrecht haben, auch in der künftigen KO. ein Vorzugsrecht gewähren wolle, und nur diese Frage sei in §§. 12 u. 13 behandelt.

Die Reichsgesetzgebung hat sich jedoch nicht mit der Regelung der Sache selbst befaßt [2]), sondern lediglich Grenzen angegeben, innerhalb welcher die Landesgesetzgebung vorgehen kann [3]). Diese kann indessen nur ein Vorrecht vor den Konkursgläubigern, nicht aber vor den Absonderungsberechtigten gewähren [4]). Es kann einem landesgesetzlichen Vertragspfandrechte daher auch weder einen Vorzug vor einem wenn auch später erworbenen Faustpfandrechte, noch überhaupt eine Befriedigung nach §. 41 der KO. zugesprochen werden [5]).

II. Es handelt sich nunmehr darum, welchen Gebrauch die Partikulargesetzgebung von der ihr gewährten Befugniß gemacht hat. In Bayern hat man es nicht für nöthig erachtet, die nicht mit Besitz verbundenen Pfandrechte an speziellen Sachen [6]) und die von der KO. beseitigten Privilegien [7]) zu schützen [8]). Generalhypotheken sind ohnehin nach Bayerischem Rechte nicht zulässig. Dagegen habe man in anderen Staaten gewisse Ausnahmen gemacht. In Preußen gewährt der §. 18 des Ausführungsgesetzes für die vor dem Inkrafttreten der KO. bereits erworbenen vertragsmäßigen, testamentarischen oder durch richterliche Verfügung begründeten Pfand- und Vorzugsrechten ein Vorrecht, insoweit sie durch die KO. und das

---

2) Eine Erläuterung der §§. 12 u. 13 hinsichtlich der einzelnen in denselben enthaltenen Punkte halte ich für die Praxis nicht nöthig. Der Richter wird nie diese Paragraphen, sondern nur die auf die Paragraphen hin erlassenen landesgesetzlichen Bestimmungen anzuwenden haben. Sollte die Landesgesetzgebung aber die Gränzen, die ihr gesteckt sind, überschreiten, so wird die Remedur sicherlich nicht auf Grund eines Kommentars zur Konkursordnung erfolgen.

3) In der Berathung wurde der in §§. 12 u. 13 den bisherigen Berechtigten gewährte Schutz zwar als unzureichend bekämpft, allein es gelang nicht, eine Aenderung durchzusetzen.

4) Vgl. das Erk. des RG. vom 6. Oktober 1880 (Entscheid. Bd. II S. 93; Blum Annalen Bd. II S. 497).

5) Vgl. indessen die hiegegen von Wilmowski S. 535 ffg. vorgebrachten Einwendungen.

6) Z. B. die Vorschüsse für Saamengetreide, Prioritätsordnung §. 21 Ziff 2.

7) Z. B. die Geschwister hinsichtlich ihrer Erbtheile aus der väterlichen Verlassenschaft und die Brauhausinhaber nach §. 23 Ziff. 4 u. 6 der Pr.-Ordnung.

8) Man hat im Gegentheile die Grundsätze der KO. auch auf die Immobilien ausgedehnt. In Art. 198 des Bayer. Ausführ.-Gesetzes sind außerdem die im Pfälzischen Gesetzbuche bestandenen Vorzugsrechte aufgehoben und in Art. 124 das Besitz- und Nutzungspfandrecht von Immobilien beseitigt.

Einführungsgesetz ihre Wirksamkeit verlieren würden[9]). Aehnliche Vorschriften finden sich in Art. 53 §. 1 des Oldenburger, in §. 9 des Schwarzburg-Sondershausener, in §. 19 des Hamburger und in §. 98 des Schaumburg-Lippeschen Gesetzes.

---

§. 13.

Vorbehalt für ältere Privilegien der Ehefrauen und Pflegebefohlenen.

Die Landesgesetzgebung kann der Ehefrau, den Kindern und den Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners für Forderungen, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung entstanden sind, ein Vorrecht nach Maßgabe des §. 12 Abs. 1, 2 insoweit gewähren, als ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau, der Kinder oder der Pflegebefohlenen nach den bisherigen Gesetzen bestanden hat

Auf das Vorrecht der Ehefrau findet die Bestimmung des §. 12 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

Den Kindern und den Pflegebefohlenen kann das Vorrecht für ein fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren nicht gewährt werden.

I. Die gesetzlichen Hypotheken und Privilegien genießen im Allgemeinen nicht jenen Schutz, welcher den in §. 11 genannten Pfand- und Vorzugsrechten vom Gesetze eingeräumt ist[1]). Die von ihrem Fortfall betroffenen Rechtsverhältnisse sollen von den Betheiligten vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung einer Lösung oder anderweiten Sicherung durch die Parteien entgegengeführt werden. Nur wo diese Möglichkeit durchweg ausgeschlossen, wo das bestehende Rechtsverhältniß vermöge seiner Natur ein dauerndes ist, hat das Gesetz eine Ausnahme zugelassen. Es sind dies die Familienverhältnisse, das Rechtsverhältniß der Ehefrau und der Kinder, sowie das der Pflegebefohlenen. Das Einführungsgesetz berücksichtigt indessen diese Verträge nicht selbst, sondern gibt nur der

---

9) „Der Vorbehalt des §. 12 des Einf.-Ges. für Pfand- und Vorzugsrechte, welche in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, ist nicht berücksichtigt, weil den Banknoten der Preußischen Notenbanken nirgends ein solches zusteht." (Motive).

1) Die Gründe für diese legislative Anordnung sind sehr treffend dargelegt in den Motiven S. 475.

Landesgesetzgebung die Befugniß, innerhalb gewisser Gränzen dieselben zu konserviren.

II. So ziemlich die sämmtlichen Deutschen Staaten haben von der ihnen in §. 13 ertheilten Erlaubniß Gebrauch gemacht[2]).

In Bayern hatte die Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 in §. 23 ein Vorzugsrecht in vierter Klasse gewährt:

1) den Kindern des Gemeinschuldners in Ansehung desjenigen, was sie von demselben als Vater- oder Muttergut oder als Voraus bei Einkindschaftungen oder als sonst erworbenes Vermögen zu fordern haben;

2) den Minderjährigen und unter Kuratel gesetzten Personen in Ansehung desjenigen, was sie aus der Vormundschaft oder Kuratel von den Vormündern oder Kuratoren und deren Bürgen zu fordern haben;

4) der Ehefrau des Gemeinschuldners in Ansehung des Heirathsgutes und ihres eingebrachten Vermögens, desgleichen in Ansehung der Morgengabe und Widerlage oder des statt derselben bedungenen Wittibsitzes.

Die Forderungen der Pflegbefohlenen und der unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder sollen nach §. 24 der Prioritätsordnung den Vorzug haben vor den Forderungen der übrigen Kinder und der Ehefrau, die unter einander gleichen Rang hatten.

Um nun für die vor dem Inkrafttreten der KO. bereits entstandenen Forderungen dieser Personen das bestehende Recht möglichst aufrecht zu erhalten, haben die Art. 232—234 des Ausführungsgesetzes Bestimmungen getroffen[3]). Den Motiven zu diesem Gesetze ist hierüber Folgendes zu entnehmen:

---

2) Vgl. die Ausführungsgesetze von Preußen §. 4 u. 22; Württemberg Art. 20 Nr. 3; Hessen Art. 44, 45, 108; Oldenburg Art. 53 §. 2; Sachsen-Weimar §. 28; Mecklenburg-Schwerin u. Strelitz §. 22; Anhalt §. 2, 3 und 8; Sachsen-Altenburg §. 10; Coburg-Gotha §. 16; Meiningen §. 15; Reuß ä. L. §. 26; Reuß j. L. §. 11; Schwarzburg-Sondershausen §. 10; Lippe §. 2 u. 16; Schaumburg §. 102; Bremen §. 64 Abs. 2; Hamburg §. 32 u. 33. Im Königreiche Sachsen und in Lübeck wurden Spezialgesetze erlassen.

3) Diese Artikel lauten:

Art. 232.

In den Landestheilen rechts des Rheins haben die Forderungen der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens, wenn die Vermögensverwaltung vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung beendigt worden ist, das in §. 54 Ziff. 5 derselben bestimmte Vorrecht auch dann, wenn dieselben nicht geltend gemacht oder nicht verfolgt worden sind. Das Vor-

Am einfachsten gestaltet sich das Verhältniß bei den Forderungen der Pflegebefohlenen. Das Vorzugsrecht gegenüber den Bürgen des Vormundes oder Kurators fällt hinweg; bezüglich der Forderungen gegen

---

recht steht ihnen nicht zu, wenn das Konkursverfahren erst nach Ablauf von fünf Jahren nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnet wird.

Art. 233.

In den Landestheilen rechts des Rheins haben die vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung entstandenen Forderungen der Kinder des Gemeinschuldners, welchen bisher ein Vorzugsrecht in vierter Klasse zustand, soweit sie nicht unter die Bestimmung des §. 54 Ziff. 5 der Konkursordnung fallen, ein Vorrecht vor den nichtbevorzugten Konkursforderungen (§. 54 Ziff. 6 der Konkursordnung).

Das Vorrecht steht ihnen nicht zu, wenn das Konkursverfahren erst nach Ablauf von fünf Jahren nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnet wird.

Art. 234.

In den Landestheilen rechts des Rheins haben die vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung entstandenen Forderungen der Ehefrau des Gemeinschuldners in Ansehung des Heirathsguts und ihres eingebrachten Vermögens, desgleichen in Ansehung der Morgengabe und Widerlage oder des statt derselben bedungenen Wittibsitzes auch fernerhin ein Vorrecht vor den nichtbevorzugten Konkursforderungen (§. 54 Ziff. 6 der Konkursordnung). Dieses Vorrecht hat gleichen Rang mit dem Vorrechte der in Art. 233 bezeichneten Forderungen der Kinder des Gemeinschuldners.

Die Forderungen der Ehefrau müssen bis zum Ablaufe von zwei Jahren nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung bei dem Amtsgerichte, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, zur Eintragung in das hiefür bestimmte Register vorschriftsmäßig angemeldet sein, widrigenfalls ihnen das Vorrecht in einem zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffneten Konkursverfahren nicht zusteht.

Die Anmeldung kann sowohl durch die Ehefrau als durch den Ehemann geschehen. Dieselbe muß eine genaue Bezeichnung der Ehegatten (nach den Motiven: Angabe des Vor- und Familiennamens, des Wohn- und Aufenthaltsortes und unter Umständen des Standes- und Gewerbes), sowie die Angabe des Entstehungsgrundes der angemeldeten Forderungen und des Betrags, für welchen das Vorrecht angesprochen wird, enthalten. Zur Anmeldung sind auch die Rechtsnachfolger der Ehefrau und diejenigen befugt, welche die Forderung derselben in Folge einer Verpfändung oder aus einem anderen Grunde für sich geltend zu machen berechtigt sind. Die Anmeldung muß in diesem Falle eine genaue Bezeichnung des Berechtigten sowie die Angabe des Verhältnisses enthalten, aus welchem der Anmeldende sein Recht ableitet, und wirkt nur für ihn und seine Rechtsnachfolger.

den Vormund oder Kurator selbst aber besteht zwischen dem Vorrechte nach dem früheren Bayerischen Rechte und jenem nach der KO. §. 54 Ziff. 5 hinsichtlich des Umfanges ohnehin kein Unterschied. Beide sind nicht mit der Person des Pflegebefohlenen verbunden, sondern mit der Forderung, stehen also auch den Rechtsnachfolgern des Pflegebefohlenen zu[4]).

Dagegen besteht ein Unterschied in der Beschränkung, welche die KO. für den Fall der Beendigung der Verwaltung aufstellt, und es wurde, um den bisher bestandenen Schutz nicht plötzlich zu entziehen, den Forderungen aus einer vor dem Inkrafttreten der Deutschen KO. bereits beendigten vormundschaftlichen Verwaltung für die Konkurse, welche bis 1. Oktober 1884 eröffnet wurden, das Vorrecht nach §. 54 Ziff. 5 der KO. auch dann eingeräumt, wenn dieselben nicht in der von der Deutschen Konkursordnung verlangten Weise verfolgt worden sind. Insbesondere ist also dasselbe davon nicht abhängig gemacht, daß die gerichtliche Verfolgung der Forderungen innerhalb zweier Jahre begonnen und ununterbrochen fortgesetzt war. Auf Forderungen aus Verwaltungen, welche erst nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung ihr Ende erreicht haben, erstreckt sich die landesgesetzliche Bevorzugung nicht.

Auch bei dem Vorzugsrechte der Kinder ist für die Fälle, in welchen die gesetzliche Vermögensverwaltung erst nach dem Inkrafttreten der KO. ihr Ende erreicht, nichts Besonderes vorbehalten. Dagegen hat das Bayerische Ausführungsgesetz für die Forderungen der Kinder, wenn die Verwaltung schon vor dem neuen Gesetze geendigt war, das Vorrecht und zwar in seinem bisherigen Umfange, aber auch nur für die innerhalb fünf Jahren ausgebrochenen Konkurse gewahrt. Was nämlich den Umfang betrifft, so war das Vorzugsrecht der Prioritätsordnung nicht blos den Forderungen in Ansehung des auf Grund der elterlichen Gewalt in die Hände des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens (wie dies in der KO. der Fall ist) gewährt[5]), sondern, so oft das „elterliche Verhältniß"

Von dem Register und den Anmeldungen Einsicht zu nehmen und Auszüge oder Abschriften davon zu verlangen, steht Jedermann frei.

Die näheren Bestimmungen über die Führung des Registers werden vom Staatsministerium der Justiz getroffen.

Diese ergingen sodann am 27. Mai 1879 (vgl. Bekanntmachung des k. Staatsministeriums der Justiz, Justizministerialblatt Nr IX v. 7. Juni 1879 S. 222 ff.) und am 25. Juni 1879 (vgl. ebenda S. 261) wurden die Formulare für die Register den Gerichten zugesandt.

4) Bl. f. RA. Bd. 19 S. 187; Bd. 28 S. 30; B. 36 S. 325.

5) Wofür sich Roth, Civilrecht Bd. II §. 189 Note 26, und Regelsberger, Bayer. Hypoth.-Recht Bd. I §. 50 Note 20 aussprechen.

Ursache war, daß der Gemeinschuldner das Vermögen der Kinder in Händen hatte[6]).

Es sind also hieher zu rechnen die häufig vorkommenden Fälle, in welchen der überlebende Elterntheil, obwohl er ein gesetzliches Verwaltungsrecht nicht hat, das ganz oder theilweise an die Kinder gefallene Vermögen des verstorbenen Elterntheils, namentlich wenn dasselbe thatsächlich mit seinem eigenen Vermögen vermischt und mit diesem in einem landwirthschaftlichen oder gewerblichen Betriebe, aus welchem die Familie ihren Unterhalt zieht, angelegt ist, als Haupt der Familie in Besitz behalten oder auch gegen die Verpflichtung, den Kindern später ein bestimmtes Vater- oder Muttergut auszubezahlen, kaufsweise übernommen hat. Wegen des einem Kinde von einem Ascendenten durch letztwillige Verfügung zugewendeten Vermögens ist in der Praxis[7]) das Vorzugsrecht schon dann anerkannt, wenn dieses Vermögen in Folge der letztwilligen Verfügung oder aus anderen, vom Willen des Kindes unabhängigen Gründen in die Hände eines anderen Ascendenten gekommen ist. Die in der Rechtsprechung herrschende Auffassung, welche eine wesentliche Unterstützung in der Bestimmung des §. 23 Ziff. 4 der Prioritätsordnung über das Vorzugsrecht der Geschwister wegen ihrer Erbtheile aus der elterlichen Verlassenschaft findet, gibt also dem Vorzugsrechte der Prioritätsordnung, insbesondere gegenüber der Mutter und den Großeltern, einen erheblich weiteren Umfang als der §. 54 Ziff. 5 der KO., und in diesem Umfange ist es (in der oben erwähnten zeitlichen Beschränkung) landesgesetzlich gewahrt. Uebrigens stehen die bevorzugten Forderungen der Kinder, welche durch den Umfang des Vorrechts nach §. 54 Ziff. 5 der Deutschen Konkursordnung nicht gedeckt werden, nach §. 24 der Prioritätsordnung den Forderungen der Mündel und der unter der väterlichen Gewalt stehenden Kinder nach, und das Gleiche gilt von den Forderungen, welche unter §. 54 Ziff. 5 der Deutschen Konkursordnung deshalb nicht fallen, weil dem Erfordernisse der Verfolgung nicht Genüge geleistet worden ist; denn die väterliche Gewalt hat hier, soferne die Vermögensverwaltung überhaupt auf Grund derselben geführt worden ist, bereits aufgehört. Deshalb werden durch Art. 233 Forderungen, welchen er das Vorrecht gewährt, hinter die nach §. 54 Ziff. 5 der Deutschen Konkursordnung bevorzugten Forderungen gestellt, zu welchen die Forderungen der Pflegebefohlenen und der unter väterlicher Gewalt

6) Vgl. Bl. f. RA. Bd. 3 S. 336; Bd. 15 S. 242; Bd. 19 S. 301; Bd. 24 S. 92.

7) Vgl. das oberstrichterliche Erkenntniß Bl. f. RA. Bd. XXIII S. 71.

stehenden Kinder, außerdem aber allerdings auch die Forderungen der aus der väterlichen Gewalt getretenen Kinder, soferne sie gehörig verfolgt worden sind, und die Forderungen aus einer Verwaltung gehören, die vermöge eines anderen gesetzlichen Verwaltungsrechts, namentlich des nach manchen Statuten der Mutter zustehenden (Roth, bayer. Civ.-R. I §. 81), geführt worden ist.

Was endlich die Ehefrauen betrifft, so hat sich das Bayerische Ausführungsgesetz dem in verschiedenen deutschen Staaten [8]) schon früher bestandenen Rechtsinstitute der Wahrung des Vorrechtes durch Eintrag in die Register angeschlossen. Indessen bezieht sich natürlich die Möglichkeit einer solchen Vorrechtsversicherung nicht für alle Forderungen der Ehefrauen, sondern nur für solche, welche nach der Prioritätsordnung bevorzugt waren, und auch bei diesen nicht für die jetzt entstehenden, sondern nur für solche, welche bereits entstanden waren, als die Konkursordnung in Kraft trat, und endlich muß innerhalb zwei Jahren vom 1. Oktober 1879 an das Vorrecht auch wirklich für das Register angemeldet worden sein. Durch die Anmeldung [9]) wurde das Vorrecht erhalten, aber nur erhalten, das heißt: die angemeldeten Vorrechte mußten zwar, damit sie offensichtlich würden, in das Register eingetragen werden, die Eintragung ist aber nicht Bedingung für das Vorrecht, dieses stünde vielmehr der angemeldeten Forderung auch dann zu, wenn die Eintragung aus Versehen oder irgend einem anderen Grunde unterblieben wäre. Anderseits aber hat die Anmeldung keine andere Wirkung als die, daß sie das Vorrecht erhält. Die Einwendungen gegen die angemeldeten und eingetragenen Forderungen bleiben unberührt und können sowohl bei der gerichtlichen Geltendmachung dieser erhoben als mittels Feststellungsklage (§. 231 der R.-Civ.-Proz.-Ordn.) zur Anerkennung gebracht werden.

---

8) Z. B Hannover, Weimar, Württemberg.

9) Dieselbe war nicht an eine besondere Form geknüpft, sie konnte von dem Berechtigten sowohl persönlich als durch einen Bevollmächtigten gemacht werden und sowohl schriftlich als mündlich zu Protokoll geschehen. Die Unterschrift einer schriftlichen Eingabe bedurfte der Beglaubigung nicht; es wird, wenn in einem später eröffneten Konkursverfahren die Echtheit der nicht beglaubigten Unterschrift bestritten werden sollte, derjenige, der sich auf die Anmeldung beruft, die Echtheit nachzuweisen haben.

§. 14.

Begriff des Faustpfandrechtes an körperlichen Sachen.

Faustpfandrechte im Sinne des §. 40 der KO.[a]) bestehen an beweglichen körperlichen Sachen[b]) nur[c]), wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn[d]) den Gewahrsam der Sache[e]) erlangt[f]) und behalten hat[g]).

Das Absonderungsrecht besteht ohne Uebergabe der Sache[h]), sofern:

1) nach dem Reichsgesetze oder den Landesgesetzen die Uebergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren über Waaren und andere bewegliche Sachen[i]) der Uebergabe derseben, oder die Eintragung der Verpfändung in das Schiffsregister oder die Uebergabe der mit einem beglaubigten Vermerke der Verpfändung versehenen Schiffsurkunden oder einer beglaubigten Abschrift derselben der Uebergabe des verpfändeten Schiffes gleichsteht[k]);
2) über die Verbodmung nach Vorschrift des Handelsgesetzbuchs ein Bodmereibrief ausgestellt ist[l]).

a. (Faustpfandrechte im Sinne des §. 40 der KO.).

Das Einführungsgesetz zur KO. konnte naturgemäß nicht die Aufgabe haben, in das in Deutschland bestehende Civilrecht einzugreifen. Es will deshalb der §. 14 nicht vorschreiben, was im Allgemeinen als Faustpfandrecht anzusehen und rechtlich anzuerkennen sei. Nur insofern das Faustpfandrecht in einem Konkurse Berücksichtigung finden will, fällt es daher unter die Bestimmungen des §. 14, und nachdem der §. 40 der KO. (vgl. Abth. I S. 498) dem Faustpfandrechte im Konkurse die Befugniß der abgesonderten Befriedigung einräumt, so muß der Eingang des §. 14 gelesen werden: „ein Absonderungsrecht in Folge der Verpfändung einer beweglichen Sache."

Der §. 14 erstreckt sich übrigens gleichermaßen auf die vor, wie auf die nach dem Inkrafttreten der KO. entstandenen Faustpfandrechte[1]).

---

1) Wie bereits oben S. 89 Note 1 erwähnt, konnte auch die Landesgesetzgebung die früher entstandenen Faustpfandrechte hievon nicht dispensiren. Sie konnte nur (auf Grund des §. 12 des Einf.-Ges.) solchen, nach §. 14 nicht mehr als konkursberechtigt anerkannten Faustpfändern ein Vorzugsrecht sichern.

b. (an beweglichen körperlichen Sachen).

Was als bewegliche Sache anzusehen sei, darüber entscheidet das bürgerliche Recht. Fraglich könnte sein, ob dasjenige des Ortes, wo sich die Sache zur Zeit der Geltendmachung des Absonderungsrechtes befindet, oder dasjenige des Ortes, an welchem sie sich befand, als die Verpfändung vorgenommen wurde, oder endlich das Recht des Ortes, an dem die Verpfändung selbst stattfand. Ich glaube, es muß die Analogie des forum rei sitae angewendet werden; daher für die Qualität der Sache das Recht maßgebend sein wird, welches an dem Orte gilt, an welchem die Sache war, als ein Recht an ihr erworben werden wollte [2]).

c. (besteht nur).

Was im Allgemeinen zur Bestellung eines Faustpfandrechtes an einer beweglichen Sache erforderlich ist, wer ein solches bestellen kann, welche Form hiebei beobachtet werden muß, und welche rechtliche Folgen an und für sich aus dem Faustpfande in Anspruch zu nehmen sind, all dies ist nach dem Landesrechte zu beurtheilen. Wenn aber ein Konkurs über den Pfandschuldner ausbricht und der Pfandgläubiger will das Recht des §. 40 der KO. ausüben, so muß zu allem dem, was das Landesrecht zur Giltigkeit eines Faustpfandes voraussetzt, auch noch das in §. 14 des Einf.-Ges. aufgestellte Moment des physischen Gewahrsams hinzukommen. Fehlt dasselbe, so nützt es dem Pfandgläubiger Nichts, daß er nach Landesrecht ein vollkommen gültiges Pfandrecht hat; er kann im Konkurse darauf sich nicht berufen. Andererseits aber ersetzt der Gewahrsam auch nicht die landesrechtlichen Voraussetzungen; der Pfandgläubiger, welcher ein nach Landesrecht nicht vollgültiges Faustpfandrecht beansprucht, kann sich nicht zur Begründung eines Absonderungsrechtes auf die Thatsache berufen, daß er die Sache in Gewahrsam habe.

d. (der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn).

Der Dritte kann gesetzlicher oder beauftragter Vertreter sein. Wenn aber überhaupt ein Vertretungsverhältniß nicht vorliegt? Z. B. A verpfändet dem B eine Bankaktie, da er aber den B nicht trifft, so läßt er die Aktie bei dem im Hause des B einen Laden besitzenden Kaufmann C mit dem Bemerken zurück, er solle sie dem B gelegentlich zustellen, derselbe wisse schon, worum es sich handle. Bevor dies geschieht, bricht über A der Konkurs aus. Besteht für B ein Absonderungsrecht? Ich glaube, ja; denn sonst hätte das Gesetz nicht allgemein sagen dürfen:

---

2) Für die Rechtsgültigkeit der Verpfändung aber ist die Prämie maßgebend locus regit actum.

„ein Dritter für ihn", sondern hätte sich des technischen Ausdruckes: „Stellvertreter" bedienen müssen.

e. (der Gewahrsam der Sache).

Bei der Berathung dieses Paragraphen [3]) bemerkte Abg. Websky: „er nehme an, daß Gewahrsam im Sinne des §. 14 vorhanden sei, sobald sich der Gläubiger thatsächlich in der Lage befinde, über die Sache zu verfügen, ohne daß es einer Uebergabe von Hand zu Hand bedürfe". Hierauf erwiderte Reg.-Rath Hagens: „Die frühere Unterscheidung zwischen körperlicher und symbolischer Uebergabe, wonach unter letzterer jede Uebergabe falle, welche nicht die Sache von Hand zu Hand übertrage, sei längst aufgegeben. Man verstehe jetzt ziemlich allgemein unter Uebergabe denjenigen Akt, durch welchen der, welchem der Besitz übertragen werden solle, thatsächlich in den Zustand gesetzt werde, mit Ausschluß Anderer über die Sache zu verfügen. [4]) Diesen Zustand bezeichne das Wort „Gewahrsam", und ob dieser Zustand durch einen bestimmten Akt herbeigeführt worden, sei nach Lage des Falls thatsächlich zu entscheiden. Das „Erlangen des Gewahrsams" sei daher nicht weiter definirbar, und eine Exemplifizirung sei gefährlich."

Diese Erörterung stellt die Absicht des Gesetzes vollkommen klar. Was nämlich die „Verpfändung" selbst betrifft, so kann diese an einer körperlichen beweglichen Sache niemals durch einen „symbolischen" Akt erfolgen [5]), sie muß stets von reeller und effektiver Besitzübertragung begleitet sein [6]). Dagegen muß die Besitzübertragung nicht gerade durch Uebergeben der Sache selbst, durch körperliches Handanlegen geschehen; sie kann in anderer Form erfolgen, soferne nur der vorgenommene Akt

---

3) K. Prt. S. 138.

4) Windscheid Bd. I §. 135: „jederzeit beliebig auf die Sache einzuwirken." Brinz Bd. I S. 495: custodia ist die natürliche körperliche Verbindung von Mobilien mit Personen.

5) Das A. Pr. LR. Th. I Tit. 20 §§. 271—280 läßt zwar eine „symbolische Verpfändung" zu, verlangt aber eine äußerliche Erkennbarkeit derselben für jeden Dritten.

6) Z. B. ist der sog. Spahnschnitt eine symbolische Pfandnahme; allein zur Besitzübertragung genügt derselbe nicht und es könnte daher ein Absonderungsrecht im Konkurse nicht mehr prätendirt werden, wenn etwa A das Carroussel, mit welchem er auf den Märkten herumzieht, für ein Darlehen von 100 Mark notariell dem B verpfändet, dieser aber sich begnügt hätte, durch Ausschneiden eines Spahnes an dem Mittelpfosten symbolisch den Pfandbesitz zu ergreifen.

den thatsächlichen Gewahrsam nach sich zieht[7]). Wann dieses der Fall sei, entscheidet sich nach den vorliegenden Umständen. Für das hier in Frage stehende Pfandrecht, welches sich nur auf bewegliche körperliche Sachen[8]) bezieht, ist die Frage nicht sehr verwickelt; in der Regel wird hiebei allerdings nur das physische Ansichnehmen genügen, um einen wirklichen „Gewahrsam" zu bewirken. Eine Ausnahme wird nur anzuerkennen sein, wenn die Beschaffenheit der Sache ein solches Ansichnehmen nicht gestattet. Es wird dies insbesondere bei größeren Objekten, bei Mengen, bei Gesammtsachen vorkommen, wie denn schon das Bundesgesetz vom 21. Juni 1870[9]) eine derartige Verpfändung ohne körperliche Uebergabe anerkennt bei Waaren, Boden- und Bergwerkserzeugnissen und Fabrikaten[10]). Aber auch hier dürfte in den wenigsten Fällen eine andere Handlung für genügend zu erachten sein, als eine solche, welche die Einwirkung Anderer auf die Gesammtsache ausschließt; es wird also der Pfandgläubiger die Waaren in einen von ihm gemietheten Lagerplatz zu bringen, die Heerde in einem dem Schuldner nicht gehörigen Stall zu verwahren oder einen eigenen Wächter aufzustellen haben u. dgl. Bloßes Markiren, Siegeln und Aehnliches wird nur unter besonderen Voraussetzungen hinreichend erscheinen, um die Besitznahme äußerlich erkennbar zu machen.

f. (erlangt).

I. Das Gesetz schreibt nicht vor, daß der Pfandschuldner dem Pfandgläubiger die Sache in Gewahrsam übergeben haben müsse, damit ein

---

7) Die Motive berühren die früher herrschende Ansicht, welche stets ein wirkliches „Ergreifen" der Sache, eine „Apprehension" verlangte und sich in den Fällen, in welchen eine Besitzübertragung ohne solches Apprehendiren vorlag, mit einer fingirten „symbolischen" Apprehension behalf. Die Darstellung der bedeutendsten bürgerlichen Rechte (Bayer. LR., Pr. LR., Code civil, Sächsisches Civilgesetzbuch, Hannöverisches Recht) siehe in den Motiven zum II. E. S. 199.

8) Schwierigkeit bieten immer die Immobilien, denn diese kann eigentlich der einzelne Mensch nie thatsächlich so in seine Gewalt bekommen, daß er physisch die Einwirkung Anderer ausschließen kann. Hiezu kommt dann, daß man die im Volksleben zum Beweis des Eigenthumsübergangs üblichen äußeren Zeichen (z B. Uebergabe der Schlüssel, Treten auf das Grundstück u. s. w), meines Erachtens ganz irrig, als Besitzergreifungs-Momente auffaßte.

9) Ueber Gründung öffentlicher Darlehenskassen im Ges.-Bl. des Nordd. Bundes, S. 499.

10) Bei der Berathung wurde auf die im Handelsverkehre übliche Art, größere Metalllager, Eisenvorräthe u. s. w. zu lombardiren, hingewiesen, vgl K. Prt. S. 139.

Absonderungsrecht entstehe. Es genügt, wenn der Pfandgläubiger den Gewahrsam „erlangt" hat; auch eine eigenmächtige Ansichnahme[11]) also schließt das Absonderungsrecht nicht aus, vorbehaltlich der hiedurch etwa verletzten besseren Rechte Dritter.

II. Der Gläubiger kann selbst oder durch einen Vertreter den Gewahrsam erlangen; aber der Schuldner selbst kann sein Vertreter nicht sein. Das sog. constitutum possessorium, wonach der Schuldner den bisherigen eigenen Besitz nunmehr für den Gläubiger als Pfandbesitz fortsetzt, ist unzulässig. Dagegen ist nicht vorgeschrieben, wann der Pfandgläubiger den Besitz erlangen müsse. Wenn er die Sache z. B. bisher in Depositum hatte oder sie ihm geliehen war und sie wird ihm nun verpfändet, so braucht ein eigener neuer Erlangungsakt nicht einzutreten; er behält eben die Sache fort in seinem Gewahrsam[12]).

III. Da ein von Mehreren gleichzeitig ausgeübter Gewahrsam, z. B. durch einen gemeinsamen Stellvertreter, rechtlich zugelassen ist, so können auch mehrere Gläubiger zusammen das Absonderungsrecht an einer und derselben Sache ausüben. Es kann auch einer der Mitgläubiger zugleich Namens der Uebrigen die nach §. 14 erforderliche Voraussetzung erfüllen[13]). Es kann aber die Gemeinsamkeit eine nicht gleichberechtigte sein; es ist zulässig, daß derjenige, welcher als Faustpfandgläubiger eine Sache in Gewahrsam hat, dieselbe auch für einen andern, welchem sie nachträglich verpfändet wurde, den Gewahrsam ausübt[14]). Natürlich ist hierbei vorausgesetzt, daß der nachfolgende Gläubiger ein rechtsgültiges Pfandrecht erworben und den Gewahrsam auf rechtlich zulässige Art erlangt hat.

IV. Die Vorschrift des Erlangthabenmüssens ist strenge auszulegen; das Absonderungsrecht erstreckt sich nicht weiter als der Pfandgläubiger das Objekt in Händen hält. Dies ist wichtig in Betreff der Nebensachen. Rechtlich sind die Zugehörungen als in der Hauptsache begriffen anzusehen[15]); allein dies genügt zur Begründung des Absonderungsrechtes nicht. Wenn der Pfandgläubiger zwar die Obligation selbst in Gewahrsam hat, der Couponbogen aber liegt beim Schuldner, so erstreckt sich das Absonderungsrecht auf die Coupons nicht. Aber ebensowenig kann der Konkursverwalter, weil die Obligation bei dem Gemeinschuldner liegt,

---

11) Natürlich wenn ein Pfandvertrag, eine Verpfändung vorausgegangen ist.

12) Vgl. v Sarwey, Kommentar S. (285.) 340.

13) Stieglitz S. 263, v. Wilmowski S. 542.

14) Erk. d. RG. v. 16. Dez. 1879 (Entscheid. Bd. I S. 203).

15) Windscheid, Pandekten Bd. I, 5 Auflage, S. 421.

die einem Anderen verpfändeten Couponbogen von diesem zurückverlangen, ohne ihn für seine Forderung vorher abgesondert zu befriedigen. Bei den natürlichen Früchten ist ohnehin klar, daß getrennte, welche der Pfandgläubiger nicht in Gewahrsam hat, dem Absonderungsrechte nicht unterliegen.

Ob der im Pfandbesitze der Sache befindliche Gläubiger befugt ist, sein Pfandobjekt durch Besitzergreifung der anfallenden Früchte zu vergrößern [16]), muß nach dem bürgerlichen Rechte entschieden werden, und ist nach den meisten Gesetzbüchern zu bejahen [17]).

g. (und behalten hat).

Diese Worte entsprechen der Rechtsparömie „aus der Hand stirbt das Pfand". Sonach genügt es keineswegs zur Begründung eines Absonderungsrechtes, daß der Gläubiger den Pfandbesitz einer Sache erlangt hat, soferne er denselben bei Eröffnung des Konkurses nicht mehr hat. Der Zustand der faktischen Herrschaft über das Pfandobjekt darf nicht blos „vorhanden gewesen", er muß vielmehr noch vorhanden sein, und zwar im Augenblicke, wo das Absonderungsrecht zur Geltung gebracht werden will [18]). Dagegen ist die stätige Fortdauer des Gewahrsams im Gesetze ebensowenig wie das Behalten in eigener Person verlangt [19]). Wenn der erlangte Gewahrsam von Seite des Gläubigers nur an einen Anderen, der aber für ihn und nicht für den Schuldner besitzt, abgegeben wird, so ändert dies natürlich am Fortbestande des Absonderungsrechtes Nichts. Ich zähle hieher auch den Fall eines Verkaufs des Pfandobjektes Seitens des Gläubigers [20]). Geht der Gewahrsam ver-

16) Insbesondere ob derjenige, welcher Zinsen schuldet, dem Inhaber des Kapitals oder demjenigen, dem das Kapital verpfändet ist, zahlen muß.

17) Vgl. z. B. Windscheid, Pandekten Bd. I, 5. Auflage, S. 759.

18) Auch hier genügt indessen das Behalten des Gewahrsams allein nicht; wenn nach Landesrecht die Erlöschung des Faustpfandrechtes selbst eingetreten ist, kann sich der Gläubiger auf die Fortdauer des Gewahrsams nicht berufen.

19) Dies ist in einem sehr interessanten reichsgerichtlichen Erkenntnisse vom 3. März 1880 (Entscheid. Bd. I S. 352 ff.) anerkannt. Der Fall war, daß der Gläubiger an den ihm zum Pfand gegebenen Getreidespeicher Schlösser anlegte und den Schlüssel zu sich nahm. Diesen Schlüssel gab der Gläubiger zeitweise dem Schuldner, der sich in den Speicher begab, dort die Vorräthe bearbeitete und dann den Schlüssel wieder zurückbrachte. Auf Grund dieser angeblichen Unterbrechung des Gewahrsames wollte der Verlust des Absonderungsrechtes eingewendet werden, was aber das Reichsgericht zurückwies.

20) Wenn die Forderung sammt dem Pfand veräußert wird, so geht das Ab-

loren, der Gläubiger erlangt ihn aber wieder vor der Konkurseröffnung, so ist klar, daß hiedurch das Aussonderungsrecht nicht alterirt wird[21]). Wie aber, wenn der Gewahrsam erst nach eröffnetem Konkurse wieder erlangt wird? Z. B. A verpfändet dem B für einen rückständigen Waarenkaufschilling von 500 Mark eine Oesterr. Creditaktie und händigt ihm dieselbe ein. Später zahlt A 300 Mark, so daß B nur mehr 200 Mark zu fordern hat. Am 1. Mai kommt nun A zu B und bittet, ihm nur auf kurze Zeit die deponirte Aktie, da er sie momentan zu einem besonderen Zwecke bedürfe, auszuhändigen, er werde sie sofort wieder bringen. B läßt sich dazu bestimmen, A geht aber noch an demselben Tage zur Vereinsbank und lombardirt die Aktie für 100 Mark. Am 3. Mai bricht der Konkurs aus; B, der nun die Sache inne wird, löst die Aktie aus[22]) und nun frägt sich: kann er sein Absonderungsrecht an der Aktie für den Schuldrest von 200 Mark noch geltend machen oder nicht? Ich bin nicht mehr der Meinung[23]), daß er dies kann, denn wenn auch die beiden Momente der Besitzübertragung und damit der Erkennbarmachung des Pfandrechtes einerseits und das Moment des „Inhandenhaben" anderseits im Augenblicke der Geltendmachung des Absonderungsrechtes vorhanden sind, so ist das letztere doch erst nach bereits eröffnetem Konkurse hinzugetreten; zur Zeit aber wo dieselbe hinzutrat, war kein Absonderungsrecht mehr, sondern nur der Anspruch auf ein solches vorhanden und somit steht §. 12 der KO.[24]) dem Entstehen eines solchen entgegen.

Hieraus ergibt sich, daß darauf Nichts ankommt, in welcher Weise der Gläubiger den Gewahrsam verloren hat und ob er rechtlich in der Lage ist, denselbe wieder zu erlangen. Demnach wäre das Absonderungsrecht auch dann verloren, wenn dem Gläubiger die Sache vom Schuldner oder einem Dritten heimlich oder mit List oder Gewalt aus dem Gewahrsam gebracht und nicht vor der Konkurseröffnung in diesen wieder zurückgelangt ist. Denn wenn auch der Schuldige sich auf diese Rechts-

---

sonderungsrecht auf den neuen Erwerber über. Dieser Fall ist nicht gemeint, sondern jener einer (allerdings in der Regel unerlaubten) Veräußerung des Objektes ohne Rücksicht auf die Forderung.

21) Denn dann braucht man auf das erstmalige „Erlangen" gar nicht zurückzugehen.

22) Ob er dies ohne Depotschein vermöchte und ob er diesen vom Schuldner noch unanfechtbar sich aushändigen lassen könne, ist ohnehin zweifehaft.

23) Welche in der I. Auflage von mir vertreten wurde.

24) Hierauf macht v. Wilmowski S. 542 mit Recht aufmerksam.

widrigkeit dem Pfandgläubiger gegenüber nicht berufen kann [25]), und daher das Faustpfandrecht nach manchen bürgerlichen Gesetzen durch solche rechtswidrige Besitzentsetzung nicht verloren geht, so ist doch, was den Konkurs betrifft, zu beachten, daß hier Dritte in Frage stehen, und diesen gegenüber kann nach dem klaren Wortlaute des §. 12 der KO. nach der Konkurseröffnung ein Absonderungsrecht nicht mehr neu und ebenso nicht mehr wieder begründet werden [26]).

h. (das Absonderungsrecht besteht ohne Uebergabe der Sache).

Es ist bereits an einem anderen Orte [27]) ausgeführt worden, daß in manchen Fällen der Besitz an einer Sache erworben werden kann, ohne daß die Sache selbst körperlich von Hand zu Hand gegeben wird. Die hier im Gesetze getroffene Bestimmung ist nun eigentlich nur eine analoge Anwendung dieses Grundsatzes auf den Pfandbesitz. Denn es lassen sich die Fälle, welche das Gesetz als „symbolische" Verpfändungen aufzählt, sämmtlich als Fälle auffassen, in denen zwar nicht die Sache selbst übergeben wird, der Gläubiger aber doch die thatsächliche Herrschaft und damit den Gewahrsam erlangt hat. Indessen dient es zur Abschneidung aller Zweifel, daß gewisse einzelne Fälle in den folgenden Nummern speziell aufgeführt werden,

i. (von Konnossementen und ähnlichen Papieren über Waaren oder andere beweglichen Sachen).

Konnossement [28]) ist das von dem Führer eines Seeschiffes (Schiffskapitän, Schiffer) an den Ablader (das heißt denjenigen, welcher die

---

25) Dies ist der Grund, weshalb z. B. Fitting §. 19 Note 2, v. Sarwey S. 347, Stieglitz S. 264 meine Ansicht nicht theilen.

26) So Viel scheint mir jedenfalls festzustehen, daß man hier nicht anders entscheiden kann, als bei §. 41 Ziff. 2 u. 14 der KO. Allein auffallenderweise stimmen v. Sarwey u. Stieglitz hierin (daß das Absonderungsrecht des Verpächters und Vermiethers auch dann erloschen ist, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung die Sachen heimlich oder gewaltsam vom Pacht- oder Miethobjekte entfernt sind) mit mir überein, sind aber beim Faustpfand anderer Ansicht, während v. Wilmowski S. 542 für das Faustpfand mir zustimmt, aber für das oben citirte Absonderungsrecht (S. 238) die entgegengesetzte Meinung vertritt. Vgl übrigens das schon früher citirte Erk. des RG. v. 8. Dezember 1882 (Entscheid. Bd. VIII S. 100).

27) Siehe S. 99 ff.

28) Vgl. Goldschmidt, Handbuch Bd. I §§. 73—75; Wächter, Handelsrecht S. 204.

Güter in das Schiff einliefert und verladet und welcher entweder der Verfrachter selbst oder ein Dritter sein kann) ausgestellte schriftliche Bekenntniß, daß er die in der Urkunde angegebenen Güter an Bord seines Schiffes behufs Auslieferung an einen näher bezeichneten Empfänger oder dessen Ordre in einem näher bezeichneten Hafen erhalten habe[29]. Man unterschied ehedem Seekonnossements und Fluß- oder Binnenkonnossements; letztere hat das A. D. HGB.[30]) unter der Bezeichnung: „Ladescheine"[31]) für den ganzen Binnenverkehr zu Wasser und zu Lande eingeführt und denselben auch noch die Lagerscheine (Auslieferungsscheine, Warrants), welche von einer zur Aufbewahrung von Waaren „und anderen beweglichen Sachen"[32]) staatlich ermächtigten Anstalt ausgestellt werden, beigesellt.

Die soeben genannten zwei Papiere sind die hauptsächlichsten dem Konnossement „ähnlichen"; indessen nicht ausschließlich[33]). Nach den Motiven[34]) gehören hieher alle Verpflichtungsurkunden, deren Aushändigung den Gläubiger in den Stand setzt, mit Ausschluß des Schuldners oder eines Dritten über die verpfändete Sache zu verfügen[35]). Bloße Beweisurkunden (also namentlich der Frachtbrief) fallen nicht hieher. Auch darf man das Kriterium nicht in der Indossabilität suchen; wenn auch eine

---

29) Anschütz und Völderndorff, Kommentar zum A. D. HGB. Bd III S. 124.

30) In Art. 302.

31) Nicht zu verwechseln mit dem Frachtbrief; diesen stellt der Absender der Ladung aus, während der Ladeschein vom Frachtführer ausgestellt wird.

32) So sagt das A. D. HGB.; ich wüßte nicht, welche „andere" bewegliche Sachen als „Waaren" gelagert werden könnten.

33) Das Reichsgesetz vom 21. Juli 1870, betreffend die Gründung öffentlicher Darlehenskassen und die Ausgabe von Darlehenskassenscheinen, läßt in §. 6 eine Verpfändung ohne Besitzübergabe bei gewissen Gegenständen zu, ohne indessen einer besonderen Art von Konossementen zu erwähnen.

34) Zum I. E. S. 477. Diese drücken sich sogar aus, als ob auch Ladescheine und Lagerscheine nicht unter allen Umständen hieher zu zählen seien, was indessen allzugroße Vorsicht sein möchte. Ich glaube, solche Papiere sind immer von solcher Beschaffenheit, daß ihre Verpfändung die Pfandnahme der Waare ersetzt.

35) Von den Landesgesetzen sind zu erwähnen: das Pr. LR. Th. I Tit. 20 §§. 367 ff.; dann die einzelnen Ausführungsgesetze z. B. in Preußen §. 5, dann in Anhalt, Altenburg, Gotha, Mecklenburg, Meiningen, welche für gewisse Gegenstände die Uebergabe von Scheinen der Besitzübertragung gleichstellen.

förmliche Cession nothwendig ist (wie bei dem sog. Namenskonnossement), um die Rechte aus dem Papier zu übertragen, so hindert dies die Anwendung des §. 14 Abs. 2 nicht; vorausgesetzt natürlich, daß die Cession vorliegt.

k. (der Uebergabe des verpfändeten Schiffes gleichsteht).

Ob eine Verpfändung des Schiffes durch Eintragung in das Schiffsregister zulässig ist, entscheiden die Landesgesetze[36]), nachdem das A. D. HGB. in Art. 439 zwar über die Uebertragung des Eigenthums an einem Seeschiffe eine Bestimmung[37]) getroffen hat, nicht aber über dessen Verpfändung. Irgend ein äußerer erkennbarer Akt wird übrigens hinsichtlich der Verpfändung des Schiffes stets vorausgesetzt; eine bloße vertragsmäßige Verhypothezirung eines Schiffes bewirkt kein Absonderungsrecht.

l. (nach Vorschrift des Handelsgesetzbuches ein Bodmereibrief ausgestellt ist).

Ueber die Bodmerei handelt das A. D. HGB. im V. Buche 7. Titel. Der Inhalt des Bodmereibriefes insbesondere ist in Art. 684 enthalten.

---

§. 15.

Begriff des Faustpfandrechtes an Forderungen.

Faustpfandrechte im Sinne des §. 40 der KO. bestehen an Forderungen und anderen Vermögensrechten nur:

1) wenn der Drittschuldner von der Verpfändung benachrichtigt ist;
2) wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der körperlichen Sache, welche den Gegenstand des Rechtes bildet, oder der über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgestellten Urkunde erlangt und behalten hat;
3) wenn die Verpfändung in dem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist.

Vor Allem ist zu diesem Paragraphen zu bemerken[1]), daß die drei

---

36) Preuß. Einf.-Ges. zum A. D. HGB. Art. 59 §. 1. „Die Verpfändung muß in das Schiffsregister eingetragen werden §. 2. Durch die Eintragung in das Schiffsregister wird die Verpfändung selbst vollzogen."

37) Daß dieses durch bloßen Vertrag erworben werden könne.

1) Konstatirt in der 20. Sitzung auf Antrag des Abg. Websky K. Prt. S 139.

Nummern nicht kopulativ, sondern alternativ gedacht sind, daß es also genügt, wenn eines der drei aufgeführten Erfordernisse vorhanden ist[2]). Zu den einzelnen Nummern ist Folgendes zu erinnern:

Zu Nr. 1.

Die Vornahme einer wenn auch schriftlichen oder notariellen Verpfändung zwischen dem Gläubiger und Schuldner genügt nicht, um das Absonderungsrecht zu begründen. Es wird erfordert, daß der Schuldner des Schuldners gleichfalls bei dem Geschäfte betheiligt wird, sei es auch nur, indem man ihm von der Vornahme desselben Kenntniß gibt.

Die Art und Weise, wie der Drittschuldner zu benachrichtigen ist, muß nach dem maßgebenden bürgerlichen Rechte bemessen werden[3]). Im Allgemeinen wird der Pfandgläubiger, schon um sich im Konkurse einen Beweis zu sichern, eine schriftliche Bestätigung des Drittschuldners über den Empfang der Benachrichtigung oder eine Insinuation durch Notar oder Gerichtsvollzieher für rathsam erachten; nothwendig ist indessen dies nicht[4]).

Zu Nr. 2.

Wenn dem Pfandgläubiger oder einem Dritten für ihn die Forderung auf eine Sache oder das dingliche Recht an der Sache verpfändet und ihm zugleich die Sache selbst übergeben ist, so liegt hierin offenbar eine für jeden Andern eben so erkennbare Absonderung der Forderung oder des Rechtes aus der gemeinsamen Vermögensmasse, wie bei einer Verpfändung der Sache selbst. Sie muß deshalb auch ohne Benachrichtigung des Drittschuldners genügen, um ein Absonderungsrecht zu begründen. Indessen werden solche Fälle seltener vorkommen. Desto wichtiger und im praktischen Leben häufiger sind die am Schlusse der Nummer aufgeführten Fälle, diejenigen, in welchen über die Forderung oder das Recht eine Urkunde ausgestellt ist[5]). Es darf vor Allem nicht außer Acht gelassen werden, daß nur diese Urkunden (die Urkunden über die Forderung oder das Recht selbst) durch ihren Besitz in den Händen des Pfandgläubigers ein Absonderungsrecht begründen. Die Verpfändungs-

2) Vorausgesetzt natürlich, daß die Natur des Rechtes nicht dagegen streitet; bei einer Grunddienstbarkeit kann z. B. die erste Alternative nicht angewendet werden, weil es bei dieser einen „Drittschuldner" gar nicht gibt.

3) Aeußerung des Reg.-Rathes Hagens bei der Berathung.

4) Indessen erscheint mir dies zweifelhaft im Hinblicke auf §. 730 Abs. 2 der Civ.-Pr.-O., welcher nur die Zustellung mittelst Gerichtsvollziehers zuläßt. Diese Bestimmung dürfte vielleicht analog anzuwenden sein.

5) Vgl. hierüber auch die Erläuterung zu §. 16 des Einf.-Ges.

urkunde dagegen wird vom Gesetze nicht als solche erklärt, deren Uebergabe das im Konkursverfahren zu beachtende Faustpfandrecht begründet. Gesetzt also, der Wechsel, welchen A auf B gezogen und welcher von B acceptirt ist, befindet sich in den Händen des Gemeinschuldners C als letzten Indossatars; wenn nun auch D eine von Notar E aufgenommene Urkunde besitzt, worin ihm der C für eine Waarenschuld von 1000 Mark dieses Accept verpfändet, so gehört der Wechsel dennoch zur Masse und D kann kein Absonderungsrecht geltend machen.

Das Gesetz verlangt indessen nicht, daß auf der betreffenden Urkunde sich die Verpfändung sichtbar mache. Bei Inhaberpapieren ist dies begreiflich. Bedenklicher scheint solches bei Schuldurkunden, die auf den Namen lauten; denn es ließe sich fragen, weshalb denn aus dem Umstande, daß A den von B und C ausgestellten Schuldschein in Händen hat, auf ein Absonderungsrecht geschlossen werden müsse? Allein es darf nicht vergessen werden, daß neben dem Besitze der Urkunde als dem äußerlich erkennbaren Zeichen auch immer der innerliche Titel des Absonderungsrechtes, nemlich eine von C an A rechtsgiltig erfolgte Verpfändung vorhanden und nachgewiesen sein muß. Ob nun dieser Rechtstitel auf der Urkunde selbst sichtbar gemacht ist oder nicht, kann offenbar nicht von entscheidendem Einflusse sein.

Zu Nr. 3.

Diese Alternative kann natürlich nur bei in den öffentlichen Büchern eingetragenen Forderungen in Betracht kommen, und ist hierüber die Erläuterung zu §. 16 des Einf.-Ges. zu vergleichen.

---

§. 16.

Vorbehalt der Landesgesetzgebung.

Die Vorschriften der Landesgesetze, welche für den Erwerb von Faustpfandrechten mehrere der in den §§. 14, 15 bezeichneten Erfordernisse oder weitere Erfordernisse festsetzen, bleiben unberührt.

Die §§. 14 und 15 des Einführungsgesetzes haben nach den Motiven nur eine negative Bedeutung. Sie sollen nur aussprechen, daß ohne die hier aufgeführten Momente keinenfalls ein Absonderungsrecht

im Konkurse begründet wird. Dagegen würde, im Falle die Landesgesetze[1]) selbst unter den in den §§. 14 und 15 aufgeführten Voraussetzungen ein Faustpfandrecht nicht anerkennen würden[2]), ein Absonderungsrecht nicht beansprucht werden können. Mir scheint, es hat diese Bestimmung nur insoweit eine praktische Bedeutung, als es sich um die neben der Besitzübertragung für den Pfandvertrag selbst etwa vorgeschriebenen Formen handelt[3]), und dann insoweit die Reichs- oder Landesgesetzgebung nur eine oder die andere Alternative als zulässig erklärt oder mehrere der Erfordernisse der §§. 14 und 15 gleichzeitig verbunden fordert. Dies trifft besonders für §. 15 zu. Z. B. können nach Art. 309 des A. D. HGB. Papiere auf den Inhaber und indossable Papiere nur durch Besitzübertragung, also nur nach §. 15 Nr. 2 verpfändet werden. Wenn also auch der Acceptant A eines Wechsels benachrichtigt wäre, daß der Wechselinhaber B den Wechsel dem C verpfändet hat, der C hätte aber den Wechsel nicht in der Hand, so könnte er nicht auf Grund des §. 15 Nr. 1 ein Absonderungsrecht in Anspruch nehmen. Ebenso können nach §. 281 des Pr. LR. (Th. I Titel 20) ausstehende Forderungen nur in der Form der Nr. 2 des §. 15, nach Bayerischem Rechte (Hypothekengesetz §. 53) eine Hypothekenforderung nur in der Form der Nr. 3 des §. 15 verpfändet werden[4]). Aehnliche Vorschriften finden sich in Art. 2074 u. 2075 des Code civil.

---

1) Die bisherigen oder etwa neu zu erlassende. v. Wilmowski S. 544.

2) Wenn also z. B. landesgesetzlich auch für Mobilien (wie z B. in Bayern bei Immobilien der Fall ist) bestimmt wäre, daß die vertragsmäßige Verpfändung und die darauf erfolgte Besitzübergabe nicht genüge, um ein Faustpfandrecht zu begründen, sondern daß hiezu noch der Eintrag in ein öffentliches Buch gehöre, so würde ohngeachtet des §. 14 dem im Besitze der Sache befindlichen Gläubiger ein Absonderungsrecht nicht zustehen.

3) Was aber nach der Aeußerung des Reg.-Raths Hagens gar nicht hier getroffen werden will; vgl. auch oben S. 89.

4) Nach dem Pr. Ges. v. 5. Mai 1872 hängt dagegen die Wirksamkeit der Verpfändung von Grundschulden von der Eintragung nicht ab.

§. 17.

Vorbehalt der Landesgesetzgebung für die Gewährung von Absonderungsrechten.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, Bestimmungen zu treffen [a]), nach welchen

1) den Inhabern der von Gemeinden oder anderen Verbänden, von Korporationen, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien oder Genossenschaften ausgestellten Pfandbriefe oder ähnlicher auf Grund erworbener Forderungen von denselben ausgestellter Werthpapiere [b]) an solchen Forderungen ein Faustpfandrecht im Sinne des §. 40 der Konkursordnung [c]) dadurch gewährt werden kann, daß einem Vertreter sämmtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit dem Aussteller die Ausübung des Gewahrsams der über die Forderungen lautenden Urkunden übertragen oder auf diesen Urkunden die Gewährung des Pfandrechtes vermerkt wird;

2) den Inhabern von Schuldverschreibungen, welche von den unter Nr. 1 bezeichneten Schuldnern über eine Anleihe ausgestellt sind, an gewissen beweglichen körperlichen Sachen ein Faustpfandrecht im Sinne des §. 40 der Konkursordnung dadurch gewährt werden kann, daß einem Vertreter sämmtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit dem Aussteller die Ausübung des Gewahrsams der Sachen übertragen wird;

3) den Inhabern von Schuldverschreibungen, welche von den unter Nr. 1 bezeichneten Schuldnern über eine Anleihe ausgestellt sind, ein Vorrecht vor nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, deren Forderungen später entstehen dadurch gewährt werden kann, daß die zu bevorrechtigenden Forderungen in ein öffentliches Schuldenbuch eingetragen werden.

a. (Bestimmungen zu treffen).

Soweit Werthpapiere der in §. 17 bezeichneten Art bisher ein Vorzugsrecht besitzen, findet auf dieselben der §. 12 des Einf.-Ges. Anwendung; „sie können unter den Schutz und die Beschränkungen dieses Paragraphen gestellt werden.“ (Motive.) Sonach ertheilt der §. 17 nur eine Befugniß für die Zukunft und der Inhalt desselben ist nicht eine

auf die Forderungen der bezeichneten Art selbst wirksame Vorschrift, sondern nur eine Grenzbestimmung für die zukünftige Landesgesetzgebung. „Soweit nach den Bestimmungen des §. 12 des Einf.-Ges. den bis zum Inkrafttreten der Konkursordnung begründeten derartigen Rechtsverhältnissen die beabsichtigte Wirksamkeit nicht innewohnt, und soweit es sich um zukünftige Emissionen handelt, muß die Gesetzgebung auf Maßregeln Bedacht nehmen, die mit den Grundsätzen der Konkursordnung vereinbar die erhöhte Sicherheit gewähren, welche der allgemeine Verkehr den in Rede stehenden Papieren beilegt und muß beilegen können." (Motive.)

b. (Werthpapiere).

Außer den eigentlichen Pfandbriefen kommen „Partialobligationen", „Hypothekencertifikate", „Bodencreditscheine" und ähnliche Namen für die gleichsam cessionsweise in kleineren Abschnitten an die Inhaber abgegebene Gesammthypothek des ersten Darleihers vor. Meines Erachtens [1]) war es von vorneherein ein Fehler der Staatsgewalten, den Privaten die unbeschränkte Ausgabe von Inhaberpapieren zu gestatten, und noch größer war der Fehler, Milliarden von Papieren in Umlauf gelangen zu lassen, deren Inhaber durch die Statuten und den Wortlaut der Papiere in den Irrthum versetzt wurden, als ob sie eine Sicherung besäßen.

c. (ein Faustpfandrecht im Sinne des §. 40 der Konkursordnung).

Nach längeren Debatten [2]) über die Frage, ob die Regelung der obwaltenden Verhältnisse der Landesgesetzgebung überlassen werden solle oder vom Reiche selbst in die Hand zu nehmen sei, beschränkte sich die Kommission auf das Erstere. Inzwischen ist aber die Sache dadurch in ein anderes Stadium getreten, daß der Reichstag in der Sitzung vom 21. Dezember 1876 [3]) die Resolution beschloß:

> „den Reichskanzler zu ersuchen, womöglich noch vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung die einheitliche Regelung des im §. 17 des Einf.-Ges. behandelten Gegenstandes im Wege der Reichsgesetzgebung herbeizuführen,"

---

1) Vgl. meine schon im Jahre 1856 erschienene Schrift: „Die Papiergeldkrisis und die Papiere auf jeden Inhaber und deren Eintrag in die Hypothekenbücher" (München bei Christian Kaiser). Hätte man meinen damaligen Warnungsruf beachtet, manches Geld wäre nicht verloren worden.

2) Vgl. K. Prt. S. 205—212.

3) Stenograph. Berichte S. 1000.

und daß in Folge dieser Anregung[4]) von Seite des Reichsjustizamtes bereits Gesetzentwürfe im Jahre 1879 ausgearbeitet waren[5]). Dieselben wurden dem Reichstage im Jahre 1879 vorgelegt und zwar I. der Entwurf eines Gesetzes betreffend das Faustpfandrecht für Pfandbriefe und ähnliche Schuldverschreibungen; II. der Entwurf eines Gesetzes betreffend das Pfandrecht an Eisenbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben[6]). Da nun mit der Regelung dieser Materie im Wege der Reichsgesetzgebung der Vorbehalt des §. 17 des Einf.-Ges. ohnehin hinwegfallen wird, so verzichte ich auf nähere Erläuterung desselben, und hoffe nur, daß diese Regelung rascher eintreten möge, als es den Anschein hat.

Der Schluß des Einführungsgesetzes[7]) ist der allgemein übliche.

---

4) Vgl. Reichstagssitzung vom 25. Februar 1878. Stenograph. Berichte Bd. I S. 355.

5) Allgemeine Zeitung vom 18. Juni 1878. Handelsbeilage.

6) IV. Legislatur-Periode Session II Nr. 50 u. 130.

7) „Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin den 10. Februar 1877.

Wilhelm.

(L. S.) Fürst von Bismarck."

Gesetz

vom 21. Juli 1879

betreffend

die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens.

Einleitung.

I.

Nur ausnahmsweise ist es die Thätigkeit des individuellen Menschen, sei es die positive oder die negative, welche den Gegenstand einer Verbindlichkeit bildet. Wenn ich mir vertragsmäßig ein Forderungsrecht dahin erworben habe, daß Piloty die Façade meines Hauses al fresco malt, so kann eben nur Piloty, nicht aber der Maler Dieffenbach mir Genüge thun. Und wenn ich das ober meinem Kopfe wohnende Fräulein Fingerhut vertragsmäßig gebunden habe, daß sie von 6 Uhr Abends an, zu welcher Zeit ich beginne meinen Kommentar zu schreiben, nicht mehr Klavier spielt, so muß eben Fräulein Fingerhut im Nothfall vom Gerichte zu dieser Unterlassung gezwungen werden. Hier handelt es sich um höhere Güter als Geld und Geldeswerth. Aber wie gesagt, das ist Ausnahme[1]); in der Regel besteht dasjenige, was der Berechtigte empfangen will und was der Verpflichtete geben soll, in einer vermögensrechtlichen Leistung[2]), wie der Dichter sagt: nach Golde drängt,
am Golde hängt
doch Alles,
und auch der persönlich Verpflichtete haftet daher für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten schließlich mit seinem Vermögen. Immerhin aber haftet aus einer persönlichen Verbindlichkeit im Gegensatze zum

1) Ein ächter Jurist sträubt sich überhaupt, Handlungen, welche für den Berechtigten keinen Geldwerth haben, als Objekt des Forderungsrechtes zuzulassen. Vgl. Windscheid Bd. II § 251 Note 3.

2) Auch wo ursprünglich ein Handeln, welches nicht ein vermögensrechtliches Leisten ist, Vertragsgegenstand war, löst sich die Verpflichtung im Nichterfüllungsfalle in eine Geldersatzpflicht auf.

dinglichen Rechte nicht ein bestimmtes Vermögensstück, sondern das Vermögen im Allgemeinen, das Vermögen so wie es ist zur Zeit, zu welcher die Verbindlichkeit erfüllt werden soll. Der Gläubiger, eben weil er der Person des ihm Verpflichteten traut, kann nur die Habe desselben zur Erfüllungszeit in Anspruch nehmen. Auf das Vermögen zur Zeit des Vertragsabschlusses kann er nicht zurückgreifen, denn er hat versäumt dieses zu binden. Dies ist die Konsequenz des Rechtes. Aber es ist nicht volle Billigkeit. Deshalb hat man von jeher in der Gesetzgebung Anstand genommen, diese strenge Konsequenz zu ziehen. Man ging hiebei von der Ansicht aus, daß der Schuldner, indem er die Verpflichtung auf sich nimmt, diese und diese bestimmte Leistung seinerzeit zu machen, hiemit zugleich die moralische Pflicht überkommt, sich im Stande zu erhalten, die Erfüllung bethätigen zu können, daß er sich zwar der Verfügung über sein Vermögen nicht begibt und diese vollkommen frei ausüben kann, daß ihm daher kein Vorwurf gemacht werden darf, wenn er in Folge der Ausübung dieses seines Rechtes unverschuldet in die Lage geräth, mit seinem Vermögen der seinerzeit übernommenen Verpflichtung nicht mehr gerecht werden zu können, daß aber kein absichtliches Sich-in diese Lage-Setzen erlaubt sein könne. Um es kurz auszudrücken: die in jeder persönlichen Haftung inbegriffene allgemeine Verhaftung des Vermögens des Schuldners wird unter Umständen[3]) auch gegen den an sich nicht haftenden Dritten wirksam. Dies läßt sich aber juristisch nur dadurch in das Werk setzen, daß der Rechtsakt, durch welchen der Dritte ein vormals schuldnerisches Vermögen erlangt hat, dem persönlichen Gläubiger gegenüber als rechtsunwirksam erklärt, daß diesem Gläubiger ein Anfechtungsrecht wider das ihn schädigende, zwischen seinem Schuldner und dem Dritten abgespielte Vorkommniß gewährt wird. Denn solange zu Recht besteht, was zwischen Schuldner und einem Dritten vor sich ging, läßt sich ein Zugriff auf vormals schuldnerisches Vermögen, das aber nicht mehr der Schuldner, sondern ein Dritter hat, nicht rechtfertigen.

II.

Der Umstand, daß das Römische Verkehrsleben nicht jenes bis in das Feinste gegliederte Kreditwesen kannte, auf welchem unser modernes Geschäft beruht, macht es erklärlich, daß gerade jener Theil des Rechtes, welcher den Schutz des Gläubigers gegen absichtliche Zahlungsunfähigkeit betrifft, in den uns überlieferten Quellen für unsere Ansichten mangel-

---

3) Unter welchen wird in §. 1 lit. g erörtert werden.

haft erscheint. Dazu kommt, daß diese Quellen die allerverschiedenste Auslegung gefunden haben. Man weiß nicht einmal, welche Klagen denn eigentlich im Römischen Rechte dem benachtheiligten Gläubiger zustanden. Wir wissen von einer angeblich aus dem Jahre 191 v. Chr.[4]) stammenden lex Aelia Sentia, welche die Freilassung von Sklaven zum Nachtheile der Gläubiger behandelte, ferner kennt man eine auf dem Prätorischen Edikte beruhende actio Pauliana und ein interdictum fraudatorium. Daneben wird von Einigen noch eine actio in factum behauptet[5]), welche wieder nach Anderen mit der actio Pauliana identisch sein soll. Jedenfalls beruhte auf dem Prätorischen Edikte[6]) eine Klage, welche außer einer vom Schuldner in Benachtheiligungsabsicht vorgenommenen Handlung (fraudationis causa gestum) ein Wissen hievon auf Seite des Gegenkontrahenten voraussetzte und vom benachtheiligten Gläubiger innerhalb Jahresfrist auf Wiederherstellung des früheren Zustandes zu richten war. Diese Klage ist dann offenbar später erweitert worden[7]), allein nur in Betreff der Bereicherung und zwar so, daß diese auch gegen denjenigen, welcher die Benachtheiligungsabsicht nicht kannte, und auch nach Jahresfrist statthaft war. Daß nebenher noch das schon erwähnte interdictum fraudatorium[8]) bestand, ist wohl zweifellos, aber weniger unbestritten, ob eine weitere dingliche Klage zum Zwecke einer Rückforderung fraudulös veräußerter Sachen anzuerkennen ist[9]).

Bei solcher Mangelhaftigkeit der Quellen ist es begreiflich, daß die Rechtsgestaltung in Betreff des Anfechtungsrechtes außerhalb des Konkurses in Deutschland eine sehr verschiedene geworden war. In einigen Ländern des Gemeinen Rechts wurde nach bloßem Gerichtsgebrauche den Gläubigern die Anfechtung außer dem Falle des Konkurses überhaupt versagt[10]). In anderen gemeinrechtlichen Gebieten[11]) hatte

---

4) Reinhart S. 16.

5) Statt aller Zitate, deren sich sehr viele anführen ließen, dürfte lediglich auf v. Schey's Abhandlung in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. XIII S. 120 ff. zu verweisen sein.

6) fr. 1, fr. 10 § 2, 3, 16 u. 18, fr. 14 D. quae in fraudem creditorum facta sint, ut restituantur (42, 8).

7) fr. 6, §. 11 u. fr. 10 §. 24 D. (42, 8).

8) fr. 10 D. (42, 8), fr. 67 §. 1 u. 2 D. (36, 1), fr. 96 pr. D. (46, 3).

9) §. 6 J. de actionibus (4, 6).

10) So in Nassau, ferner in Oldenburg, vgl. Seuffert's Archiv Bd. 18 Nr. 86 und in Kurhessen OAG. u. Obertribunal in Berlin in Seuffert's Archiv Bd. 20 Nr. 98 u. Bd. 31 Nr. 299.

11) In der Preußischen Provinz Hessen-Nassau, in Neuvorpommern und Schleswig, in Bayern rechts des Rheins, beide Mecklenburg, Oberhessen

Doktrin und Praxis lediglich auf der Grundlage des Römischen Rechts ohne Landesgesetze ein mehr oder minder vollständiges System über die Anfechtung ausgebildet, wobei selbstverständlich zahlreiche Kontroversen jede Rechtssicherheit vernichteten. Wo die Landesgesetzgebung sich der Materie bemächtigt hatte, wurde theilweise, ohne die Grundlagen des Gemeinen Rechtes zu berühren, nur in Einzelheiten auf eine Erläuterung und Ergänzung desselben sich beschränkt[12]). Auf diesem Standpunkte steht auch der code civil, welcher im Artikel 1167 lediglich das gemeinrechtliche Prinzip der Anfechtung enthält[13]) und an verschiedenen Stellen dasselbe in besonderen Vorschriften auf einzelne Rechtsverhältnisse anwendet. (Vergl. z. B. Art. 622, 788, 1053, 1447, 1464, 2225). Andere Landesgesetze dagegen hatten eine vollständige Kodifikation des Anfechtungsrechts unternommen. Zwar bildete auch hier das Römische Recht den gemeinsamen Ausgangspunkt[14]); vielfach hatte jedoch eine Durchbrechung der römisch-rechtlichen Grundsätze stattgefunden, indem die Bedürfnisse des Verkehrs durch Anerkennung neuer Gesichtspunkte sich Geltung verschafft hatten[15]).

---

und Starkenburg, Oldenburg, Braunschweig, Anhalt, Waldeck, Schaumburg-Lippe, Lippe, Bremen und Hamburg.

12) So Württemberg, Gesetz vom 5. September 1839 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen (Regierungsblatt S. 181 ff.) in Art. 23 bis 26 und Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 13. August 1865 (Regierungsblatt S. 398 ff.) in Art. 50 bis 52; Hannover, Gesetz vom 2. Juli 1864 (Gesetz-Samml. S. 145 ff.), Lübeck, Gesetz vom 30. Mai 1870 (Sammlung der Verordnungen 2c. Nr. 19) und von den thüringischen Staaten Sachsen-Weimar, Gesetz vom 19. Juni 1867 (Regierungsblatt S. 125 ff.), Koburg-Gotha, Gesetz vom 21. Juni 1869 (Gesetz-Samml. S. 51 ff.), Schwarzburg-Sondershausen, Gesetz vom 9. Januar 1868 (Gesetz-Samml. S. 133 ff.), Schwarzburg-Rudolstadt, Gesetz vom 11. Juni 1868 (Gesetz-Samml. S. 333 ff.), Reuß jüngerer Linie, Gesetz vom 16. Januar 1869 (Gesetz-Samml. S. 28 ff.) — diese alle unter sich im wesentlichen übereinstimmend — ferner Altenburg, Gesetz vom 26. Januar 1872 (Gesetz-Samml. II. Stück); Reuß älterer Linie, Gesetz vom 8. Oktober 1856 (Gesetz-Samml. S. 217 ff.) in §. 29 in Verbindung mit §§. 20 bis 27.

13) Zachariä, französisches Civilrecht Bd. 2 §. 313 Note 2; Aubry & Rau, comm. du droit civil français IV. §. 313 note 1.

14) Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch giebt in §§. 1509 bis 1518 das gemeine Recht fast unverändert wieder. Dies gilt im wesentlichen auch von dem bayerischen Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs Art. 955 bis 969 und von dem Dresdener Entwurfe eines Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 1031 bis 1040.

15) Preußisches Gesetz, betreffend die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Kon-

Die Verwirrtheit des Rechtes und seiner Ausübung war demnach eine sehr große. Hiezu kam aber noch eine weitere Schwierigkeit. Das gemeine Recht unterscheidet in seinen Quellen nicht das Anfechtungsrecht innerhalb und außerhalb des Konkurses; auch der Ausbildung desselben durch den Gerichtsgebrauch und die Landesgesetze hat diese Unterscheidung meist fern gelegen. In gleicher Weise übertragen diejenigen Landesgesetze, welche selbstständig das Anfechtungsrecht regeln, die für den Fall des Konkurses gewonnenen Grundsätze auf die Anfechtung außerhalb des Konkurses. Es ist hier natürlich nicht der Ort, den Entwicklungsgang und Inhalt des Anfechtungsrechts in den einzelnen Staaten ausführlich zu geben. Es genügt hier nur die hauptsächlichsten Verschiedenheiten hervorzuheben. So beruht nach gemeinem Recht das Anfechtungsrecht stets auf der erfolgreichen Absicht des Schuldners, durch die Rechtshandlung gewisse Gläubiger zu benachtheiligen; auch bei Schenkungen, nur daß es zu deren Anfechtung der sonst erforderlichen Mitwissenschaft des Empfängers von der betrüglichen Absicht des Schuldners nicht bedarf. Indem man die Benachtheiligung in der Vornahme der Handlung erblickte, mußte man zu der Voraussetzung für die Anfechtbarkeit einer Handlung kommen, daß der Schuldner bereits zur Zeit der Vornahme derselben sich im Zustande der Vermögensunzulänglichkeit befunden habe, oder dieser Zustand durch die Vornahme der Handlung herbeigeführt sei. Zugleich aber wurde verlangt, daß die betrügliche Absicht gerade gegen die Person des anfechtenden Gläubigers gerichtet oder wenigstens die Forderung des Gläubigers vor der anzufechtenden Rechtshandlung bereits vorhanden gewesen sei[16]. (Nach den Motiven).

III.

War schon nach dem Vorstehenden eine Reform des Anfechtungsrechtes außerhalb des Konkurses ein Bedürfniß, so wurde dieses Bedürf-

---

kurses für die Landestheile, in welchen das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichtsordnung Geltung haben, vom 9. Mai 1855 (Gesetz-Samml S. 429 ff.), und mit demselben übereinstimmend, Verordnung für das Herzogthum Holstein vom 14. Juli 1863 (Gesetz- und Minist.-Bl. S. 173) und Gesetz für das Herzogthum Sachsen-Meiningen vom 23. Dezember 1868 (Sammlung und landesherrliche Verordnungen S. 201 ff.).

16) So noch das Preuß. Gesetz vom 9. Mai 1855, sowie die sich hieran anschließenden Gesetze für Meiningen v. 23. Dezember 1868 und für Altenburg vom 26. Januar 1872, ebenso die Verordnung für Holstein vom 14. Juli 1863. Doch werden hier für Schenkungen und Verträge mit Verwandten gewisse weitergehende Ausnahmen gemacht.

niß dringend in Folge der neuen Konkursordnung. Denn in dieser ist eine ganz neue Grundlage für das Anfechtungsrecht geschaffen. Nicht in einem dem Anfechtenden gegenüber gespielten Betruge, nicht einmal in einer Benachtheiligung, welche dem Anfechtungsberechtigten durch eine Rechtshandlung des Schuldners zugefügt worden, beruht nach den Grundsätzen der Konkursordnung die Berechtigung zur Anfechtung, sondern nur in dem verletzten Befriedigungsrechte des Gläubigers. Nur mit Rücksicht auf die Schmälerung dieses Befriedigungsrechtes soll unter Umständen für die Gläubiger die Möglichkeit geboten werden, jene Mittel zurückzuschaffen, welche der Schuldner dem Zugriffe entzogen hat. Es erhellt sofort, welch' ein erheblicher Unterschied in dieser Anschauung zu jener des bisherigen gemeinrechtlichen Systemes gelegen ist. Nähere Erörterung hierüber kann hier übergangen werden; hervorzuheben ist, daß es nach den Prinzipien der Konkursordnung nicht darauf ankommen kann, ob der Schuldner bereits zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig gewesen oder es durch dieselbe geworden ist, noch auch darauf, ob die Forderung des Gläubigers schon vor der anzufechtenden Rechtshandlung entstanden war.

Das Nebeneinanderbestehen so erheblich verschiedener Rechtsnormen für die Anfechtung, je nachdem über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet ist oder nicht, wäre nun aber nicht nur bei der Gleichartigkeit der in beiden Fällen vorliegenden Rechtsverletzung als eine Störung der inneren Harmonie des Rechts empfunden worden, sondern hätte auch in wirthschaftlicher Beziehung zu bedenklichen Unzuträglichkeiten führen müssen. Insoweit die Anfechtung außerhalb des Konkurses ausgeschlossen oder beschränkter ist, als in demselben, würden einerseits der Schuldner und die durch eine Anfechtung bedrohten Personen verleitet worden sein, die Eröffnung des Konkurses, obwohl alle Erfordernisse für dieselbe vorliegen, zu verschleppen oder zu umgehen, und wären andererseits Gläubiger auch dann, wenn sonst das gewöhnliche Vollstreckungsverfahren zur Befriedigung der Einzelnen völlig ausgereicht hätte und ein die Mehrheit der Gläubiger, wie den Schuldner gleich beeinträchtigender Konkurs zu verhüten gewesen sein würde, dazu gedrängt worden, die Eröffnung des Konkurses herbeizuführen. Diese Rollen hätten gewechselt, soweit umgekehrt die Anfechtbarkeit außerhalb des Konkurses die Grenzen derselben im Konkurse überschreiten würde. Nicht aber von solchen Verschiedenheiten des Rechts und dem hieraus entspringenden Widerstreite betheiligter Personen darf die Eröffnung oder Abwendung eines in weite Kreise eingreifenden Konkursverfahrens abhängen, sondern nur davon, ob die Konkurseröffnung den allgemeinen rechtlichen Voraussetzungen und thatsächlichen Verhältnissen entsprechend ist.

Die vorstehend beregten Umstände stellten daher an die Gesetzgebung die Aufgabe, mit dem Inslebentreten der Konkursordnung, so wie dies vordem in den einzelnen Bundesstaaten nach gemeinem Recht und nach Landesgesetz fast ausnahmslos der Fall war, die nothwendige Uebereinstimmung der Anfechtbarkeit außerhalb des Konkurses mit den für den Konkurs gegebenen Grundsätzen herbeizuführen.

Ursprünglich wollte man dies der Landesgesetzgebung überlassen [17]). Allein man überzeugte sich bald, daß hiedurch eine einheitliche Regelung des Rechtes nicht erzielt werden würde. Demnach trat die Reichsgesetzgebung an die Aufgabe heran. Mit gewohnter Schnelligkeit legte das Reichsjustizamt einen Entwurf vor, welcher bereits am 27. Februar 1879 dem Bundesrath übergeben werden konnte (Drucksache Nr. 40). Nach Durchberathung im Justizausschusse wurde er mit geringen Aenderungen im Plenum angenommen am 27. März 1879 (Protokolle §. 173). Sodann wurde er im Reichstage zur Berathung gezogen (4. Legislaturperiode II. Session 1879 Drucksache Nr. 115), durch die 14. Kommission wurde mündlicher Bericht erstattet am 2. Juli 1879 [18]), am 11. Juli erfolgte die zweite [19]), und sofort am Tage darauf die dritte Lesung [20]). Unter dem 21. Juli wurde sodann das Gesetz sanktionirt, und am 1. August 1879 als Gesetz Nr. 1327 im Reichs-Gesetzblatt Nr. 30 (S. 277—280) promulgirt.

IV.

Das Gesetz ist zwar ein Spezialgesetz, insoferne es einen einzelnen Theil des Rechtes gesondert behandelt. Allein es behandelt diesen Theil nicht nach besonderen Grundsätzen, es ist also kein Ausnahmegesetz, sondern, lediglich aus äußeren Gründen, wegen Dringlichkeit der Reform ist damit nicht bis zur allgemeinen Neugestaltung des Civilrechtes abgewartet worden. Unter diesen Umständen darf sich die Auslegung nicht nach dem Grundsatze richten, daß Spezialgesetze einschränkend auszulegen seien und nur in engsten Gränzen anwendbar erachtet werden können. Vielmehr sind lediglich die allgemeinen Interpretationsgrundsätze maßgebend. Der Zweck des Gesetzes ist Schutz des Gläubigers, die Absicht des Gesetzgebers war, den zwischen dem Schuldner und Dritten sich abspielenden Manipulationen vorzubeugen, welche die Befriedigung der gegen ersteren begründeten Ansprüche hintanhalten sollen — also muß stets diejenige Auslegung

17) Vgl. Motive zur KO. S. 95.

18) Die Aenderungen waren außer einigen redaktionellen Modifikationen die Einschaltung von §. 5 und in §. 7 Weglassung des Absatzes 2.

19) Stenograph. Berichte III S. 2268 u. 2269.

20) S. 2361.

gewählt werden, welche jenen Zweck fördert und im Sinne des Gesetzgebers gelegen ist[21]).

Im Zweifel also ist immer die strengere Anschauung zu wählen und im Gegensatze zur Parömie: in dubio pro reo heißt es hier: in dubio pro creditore.

V.

Die Literatur über das Gesetz ist sehr reichhaltig. Da seine Bestimmungen größtentheils mit derjenigen über Anfechtung im Konkurse übereinstimmen, sind vor Allem die Kommentare und sonstigen Abhandlungen über die Konkursordnung zu benützen. Ich führe indessen diese Literatur nicht an, verweise vielmehr nur auf meinen Kommentar zur KO. Bd. I S. 28 ff.

Selbständige Bearbeitungen des Gesetzes sind mir folgende bekannt und werden mit dem Autornamen zitirt.

1) Cosack, Dr. Konrad, das Anfechtungsrecht der Gläubiger. Stuttgart 1884.
2) Hartmann, Bernhard, Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners. Berlin 1880. 2. Aufl. 1881.
3) Jäckel, Dr. Paul, die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner. Berlin 1881.
4) Korn, Ludwig, Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners in und außerhalb des Konkurses. Berlin 1882.
5) Kranichfeld, Wilhelm, Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners. Leipzig 1880.
6) Otto, Dr. Viktor, die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachtheile seiner Gläubiger vornimmt. Leipzig 1881.
7) v. Wilmowski, G., Anhang zur KO. 3. Auflage, Berlin 1885, S. 508 ff.

---

21) Es ist dies besonders zu betonen, weil das frühere Berliner Obertribunal leider die entgegengesetzte Ansicht vertreten und dadurch viel geschadet hat.

Gesetz,
betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens.

Vom 21. Juli 1879.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen u. s. w.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

§. 1.

Rechtshandlungen[a]) eines Schuldners[b]) können außerhalb des Konkursverfahrens[c]) zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers[d]) als diesem gegenüber unwirksam[e]) nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen[f]) angefochten werden[g]).

Der vorstehende Paragraph entspricht dem §. 22 der KO. Die Motive sagen: „Der Entwurf trifft Bestimmungen über die Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens, also zunächst für den Fall, daß über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren nicht eröffnet ist, dann aber auch für den Fall, daß während eines schwebenden Konkursverfahrens es sich um eine Befriedigung von Gläubigern handelt, welche außerhalb desselben zu erfolgen hat. Er umfaßt sonach die Fälle, in welchen die Vorschriften §§. 24—34 der Konkursordnung nicht zur Anwendung gelangen.

Wie im Konkurse, so richtet sich auch außerhalb desselben die An-

fechtung gegen Rechtshandlungen des Schuldners in dem in der Konkursordnung gebrauchten Sinne[1]).

Auch die Wirkung der Anfechtung ist insoferne die nemliche, als in beiden Fällen nur zu Gunsten der Gläubiger eine relative Unwirksamkeit der vom Schuldner und gegenüber seinem Vertragsgenossen an sich rechtsbeständig vorgenommenen Handlungen eintritt.

Endlich versteht sich von selbst, daß auch außerhalb des Konkurses die Anfechtung sowohl im Wege der Klage als im Wege der Einrede stattfinden kann. Den letzteren Weg zu beschreiten, werden namentlich Interventionen dritter Personen im Vollstreckungsverfahren Anlaß geben.

Außerhalb des Konkurses aber ist das Anfechtungsrecht in Ziel und Wirkung enger als im Falle des Konkursverfahrens. Außerhalb desselben ist es ein jedem anfechtungsberechtigten Gläubiger für sich, nach Maßgabe und in dem Umfange seines Befriedigungsrechts zustehendes Sonderrecht. In dieser Auffassung stimmen alle bisherigen Gesetzgebungen überein. Auch das gegenwärtige Gesetz gewährt daher dem einzelnen Gläubiger nicht das Recht, die Anfechtbarkeit der Rechtshandlung über den Betrag seiner Forderung und damit über sein Interesse hinaus mit rechtsverbindlicher Wirkung für den Anfechtungsgegner und andere zur Anfechtung berechtigte Gläubiger festzustellen. Der entgegengesetzte Standpunkt würde weder juristisch haltbar, noch praktisch durchführbar sein. Derselbe würde angesichts der die Streitgenossenschaft betreffenden Bestimmungen der Civilprozeßordnung (insbesondere in §§. 59 und 60 derselben) der Anfechtung unverhältnißmäßige Schwierigkeiten in den Weg legen und zu dem unbefriedigenden, durch innere Gründe nicht gebotenen Ergebnisse führen, daß die Wirkungen der Rechtskraft nicht nur im Falle der Verurtheilung des Anfechtungsgegners, sondern auch im Falle der Abweisung des anfechtenden Gläubigers auf alle anderen Gläubiger sich erstrecken müßten. Das Gesetz gestattet sonach dem einzelnen Gläubiger die Anfechtung lediglich zum Zwecke seiner Befriedigung mit der Wirkung, daß nur ihm gegenüber und nur insoweit, als die Erreichung dieses Zwecks es erfordert, die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung eintritt. Aus diesem Zwecke der Anfechtung folgt zugleich, daß sie nicht eher stattfinden kann, als bis der Gläubiger seine Befriedigung vom Schuldner zu fordern berechtigt sein würde. Bei bedingten oder betagten

---

1) Wie indessen Cosack S. 46 mit Recht bemerkt, ist dieser Sinn nicht klar. Während die Motive die Worte: „Handlung, Verfügung, Disposition, Rechtsgeschäft und Geschäft" als identisch annehmen, kommt im Gesetz dies Wort: Vertrag in §. 24 und Rechtsgeschäft in §. 23 als Unterarten der „Rechtshandlung" vor.

Forderungen ist daher die Erhebung des Anfechtungsanspruchs von dem Eintritte der Bedingung oder dem Ablaufe des Zeitraums abhängig, selbst wenn, wie dies, abgesehen von den Fällen der §§. 671, 672 der Civilprozeßordnung, bei den im §. 702 Nr. 5 derselben bezeichneten Urkunden leicht möglich ist, der Gläubiger bereits einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat.

a. Rechtshandlungen.

Das Gesetz unterwirft der Anfechtung: Rechtshandlungen des Schuldners. Es muß also vor Allem vorliegen eine Handlung desselben[2]), das heißt eine in die Sinnenwelt herausgetretene Aeußerung seines Willens[3]). Aber es genügt nicht die einfache physische Thätigkeit, die Handlung muß eine Rechtshandlung sein. Unter Rechtshandlung versteht man nun im Allgemeinen: jede auf Begründung, Erhaltung, Aenderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen gerichtete Handlung. Allein es ist sofort klar, daß das Gesetz diese ausgedehnte Bedeutung dem Worte nicht beilegt. Die Eingehung einer Ehe ist eine der bedeutsamsten Rechtshandlungen[4]); aber man wird dem Gläubiger nicht wohl die Befugniß zugestehen, dem Schuldner das Heiraten zu verbieten, weil er dadurch in Gefahr kommt, daß derselbe sein Geld für die Kosten der Ehe verbraucht. Den Ehevertrag aber kann er anfechten, wenn er durch denselben um seine Befriedigungsmittel gebracht werden soll. Somit beschränkt sich für das Gesetz der Begriff der anfechtbaren Rechtshandlungen auf diejenigen, welche das Vermögen betreffen. Und auch diese Limitation genügt noch nicht. Wenn der Kaufmann der Prinzessin Eboli, „ungerührt von des Rialto Gold[5])", die kostbare Perle dem Meere wiedergibt, das heißt juristisch gesprochen, „wenn er einen erheblichen Theil seines Eigenthums zum Nachtheile seiner Gläubiger derelinquirt", so kann dies, obwohl eine Rechtshandlung, und zwar eine Vermögensentäußerung, nicht wohl angefochten werden[6]). Demnach muß die Rechts-

---

2) Keine zufällige Verminderungen des Vermögens, selbst wenn ein Dritter durch sie erwerben sollte, sind nicht anfechtbar. Wenn der Fluß ein Stück Land des A hinwegreißt und dem B anschwemmt, so kann der Gläubiger des A hiegegen nichts machen.

3) Arndts Pandekten § 201.

4) Auch der Tod einer Person endigt Rechtsverhältnisse oder begründet eine Masse neuer Rechtsverhältnisse, aber leider kann man das Sterben nicht anfechten.

5) Vermuthlich war er sehr überschuldet, sonst wäre er nicht so ungerührt geblieben.

6) Denn die meisten Gerichtsvollzieher pfänden nicht einmal da, wo es trocken ist, geschweige denn, daß sie ins Meer tauchen möchten.

handlung, um Gegenstand des vorliegenden Gesetzes zu sein, Etwas aus dem Vermögen des Schuldners in das Vermögen eines Dritten gebracht haben[7]). Umgekehrt nicht. Eine Rechtshandlung, durch welche etwas aus dem Vermögen des Dritten in dasjenige des Schuldners gebracht wird, kann vernünftigerweise der Anfechtung durch den Gläubiger nicht unterliegen[8]). Die Annahme einer Schenkung, die Antretung einer Erbschaft von Werth u. s. w. sind Rechtshandlungen, aber daher nur in thesi, jedoch nicht praktisch der Anfechtung unterworfen[9]). Eines Weiteren als des obigen Momentes bedarf es nicht[10]). Allerdings wird der Gläubiger eine solche Rechtshandlung nur dann anfechten können, wenn sie zugleich auf Seite des Schuldners eine Vermögensminderung[11]), auf Seite des Dritten eine Vermögensmehrung nicht

---

7) Auf die Einseitigkeit oder Zweiseitigkeit des Rechtsgeschäftes darf man das Kriterium nicht stellen. Eine Schenkung des Schuldners, welche der Annahme nicht bedarf, eine sog. Auslobung und dergleichen Rechtsakte, welche das Vermögen des Handelnden zu Gunsten eines Dritten auch ohne dessen Thätigkeit mindern, sind allerdings anfechtbar. Vgl. auch Otto S. 26. So lange dies nicht der Fall ist, so lange das Vermögen nicht effektiv gemindert wird, allerdings nicht. Daher ist es vollkommen richtig, daß z. B. nach preußischem Rechte die Bestellung einer Grundschuld durch den Gläubiger des Eigenthümers dann nicht angefochten werden kann, wenn diese Grundschuld im Besitze des Schuldners bleibt [Hier fehlt ja schon ein Anfechtungsbeklagter.]

8) Es ließe sich ja denken, daß der Gläubiger vorbringt, wenn A die ihm von B zugedachte Schenkung nicht erhält und in Armuth fortlebt, so wird ihn C, der ihn als Onkel dauernd nicht im Elend lassen will, zum Erben einsetzen und dann kann er mich zahlen. Allein durch solche Eventualitäten wird eine an sich unanfechtbare Handlung nicht anfechtbar.

9) Daß sie an sich der Anfechtung nicht entzogen sind, zeigt sich sofort, wenn z B. mit der Erbschaft Lasten verbunden sind, welche das Befriedigungsrecht des Gläubigers beeinträchtigen.

10) Aber weniger genügt auch nicht. Daß der Schuldner sich der Möglichkeit beraubt, Vermögen zu erwerben und dem Dritten diese Möglichkeit, wenn auch durch eine Rechtshandlung verschafft, gibt für die Anfechtung keinen Raum. Z. B. der Schuldner fordert durch Zirkular seine bisherigen Kunden auf, künftig das ihm bisher geschenkte Vertrauen auf Hrn. A zu übertragen. Man könnte sagen, hiedurch löst er das zwischen ihm und seinen Kunden bestehende Rechtsverhältniß und begründet ein solches zwischen letzteren und dem A. Allein (abgesehen von der Zweifelhaftigkeit der hier in Frage kommenden „Rechtshandlung") ist hier jedenfalls Nichts schon im Vermögen des Schuldners Befindliches in das Vermögen eines Dritten gebracht worden.

11) Denn kein Gläubiger wird die das Vermögen betreffende Rechtshandlung

blos nach dem Gegenstande, sondern nach dem Werthe[12]) ist; aber das kommt — wie man sagt — erst im zweiten Theil, das heißt, es gehört dieses Moment zur Begründung der Anfechtbarkeit, nicht zum Begriffe der anfechtbaren Rechtshandlung.

Fassen wir also den Begriff: anfechtbare Rechtshandlung zusammen, so ist hierunter zu verstehen: jede vom Schuldner zu Gunsten eines Dritten bethätigte Minderung seines Vermögens, wodurch der Gläubiger verkürzt wird.

Dieser Begriff ist nicht ein willkürlich vom Gesetze geschaffener; er ist in der inneren Natur des Anfechtungsrechtes begründet und durch das Wesen dieses Rechtes gegeben. Er liegt allen Gesetzgebungen zu Grunde, weil er ihnen zu Grunde liegen muß. Wir sind nicht um Haarbreite weiter gelangt, als der altrömische Prätor, wenn dieser sagt: „Was immer geschehen sein mag, um den Gläubiger zu verkürzen, wirkliche Vermögenshinweggabe oder nur Eingehung einer das Vermögen vermindernden Verpflichtung, soll anfechtbar sein[13]).“

Wenn wir nun den soeben entwickelten Begriff in seinen praktischen Erscheinungsformen innerhalb des Rechtsverkehrslebens betrachten, so fallen uns vor Allem in die Augen: die Veräußerungen im engern Sinne[14]). Zuvörderst Weggabe einer Sache (durch Schenkung, Verkauf,

des Schuldners beanstanden, welche darin besteht, daß er die ihm angefallene Erbschaft seines reichen Onkels antritt, oder das ihm von seiner stillen Verehrerin gemachte Geschenk von 100 Oesterreichisch-Ungarischen Bankaktien annimmt. Im Römischen Rechte (fr. 3 §. 2 D. (42, 8) heißt es daher: si debitor aliquid fecit, ut desinat habere quod habet.

12) Denn ersteres ist jedes Rechtsgeschäft; wenn ich ein Pferd um 1000 Mk. an A verkaufe, so mindere ich mein Vermögen um das Pferd, und vermehre eben um dieses Pferd das Vermögen des A. Dagegen aber vermehre ich mein Vermögen um die 1000 Mk., um welche sich das Vermögen des A vermindert. Wenn nun das Pferd eine Mähre ist, die kein Mensch um 500 Mk. gemocht hätte, als gerade der Sonntagsreiter A, so werden meine Kreditoren lachen und mich loben. Wenn aber das Pferd unter Brüdern seine 2000 Mk. werth ist, so mindere ich mein Vermögen dem Werthe nach um 1000 Mk., und das ist natürlich meinen Gläubigern sehr unlieb.

13) fr. 1 §. 2 D. quae in fraudem etc (42, 8): Ait Prätor: quae fraudationis causa gesta erunt. Haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcunque contractum. Quodcunque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecunque fuerit. Nam late ista verba patent.

14) Es ist in den Motiven (wie bereits erwähnt) bemerkt, die Begrenzung der Anfechtung auf die Veräußerungen sei zu eng, da auch andere

Tausch), Bestellung eines das Eigenthum beschränkenden Rechtes, Zession einer Forderung (auch wenn dieselbe an Zahlungsstatt erfolgt[15]). Aber ebenso gehört hieher die Dereliktion einer Sache, damit ein Anderer sie erwerbe[16]), das Aufgeben eines Nießbrauches[17]), eines Pfandrechtes[18]) und der Erlaß einer Forderung[19]).

In allen diesen Fällen liegt ein positives Thun des Schuldners vor. Wie aber steht es mit den Unterlassungen? Man sagt: jede Unterlassung sei nur ein negatives Thun, insoferne sie sich also auf das Recht beziehe und rechtliche Wirkungen hervorbringe, sei die Unterlassung ebenso gut eine Rechtshandlung, wie die oben angeführten positiven Handlungen; also müßten sie der Anfechtung unterliegen. Dagegen sagen die Motive[20]) Folgendes:

„Die Anfechtung soll Geschehenes ungeschehen machen, sie setzt voraus, daß das Vermögensstück durch eine bestimmte Handlung und durch sie allein aufgegeben sei, daß es ohne diese Handlung dem Vermögen noch angehören würde und mit Beseitigung desselben ihm wieder zufalle. Eine Unterlassung kann nicht beseitigt werden — ein Nichtgeschehenes geschehen machen, ist mehr als Beseitigung dessen, was der Schuldner begangen hat. Es würde willkürlich sein, an Stelle von Unterlassung irgend eine bestimmte Handlung zu setzen; noch willkürlicher aber, unmittelbar das verlorene Recht wieder herzustellen. Man wird den Schluß nicht zulassen dürfen, daß das fragliche Recht vollständig erhalten geblieben sein würde, wenn die Unterlassung nicht geschehen wäre."

Diese Argumentation ist vollkommen richtig, soferne die Unterlassung die Negation jeder Willensäußerung auf Seite eines Schuldners ist; allein es kann ja die Unterlassung auch eine durch das bewußte Sich-Verhalten des Schuldners an den Tag tretende Aeußerung sein des Willens: den Erfolg eines bestimmten Thuns nicht eintreten zu lassen[21]). In diesem Falle unterliegt die negative Handlung der Anfechtung. Die

---

Rechtshandlungen anfechtbar sein müßten. Damit ist schon die Veräußerung als Hauptfall anerkannt.

15) fr. 2 fr. 1 §. 13 fr. 22 D. (42, 8).

16) fr. 5 D. (42, 8).

17) fr. 10 §. 15 D. (h. t.)

18) fr. 2, fr. 8 D. (h. t.)

19) fr. 1 §. 2, fr 3 pr. fr. 17 D. (h. t.)

20) Zur Konkursordnung.

21) „Bestimmung des Willens zur Unthätigkeit." Windscheid Bd. I §. 252 Note 1a.

Motive geben dieses auch zu, indem sie das bloße „Geschehenlassen“ von der Unterlassung unterscheiden und nur die letztere als unanfechtbar ansehen. Es ist nun viel geschrieben worden, wie dieser Unterschied zu erklären sei. Während die Einen[22]) die Frage, welche der beiden Handlungskategorien vorliege, als eine thatsächliche erklären[23]), stellen die Anderen[24]) das Kriterium auf, daß es auf das bewußte oder unbewußte Unterlassen ankomme, ersteres sei anfechtbar und letzteres nicht; die Dritten aber[25]) setzen sich über alle Unterscheidungen hinweg und erklären alle Unterlassungen für anfechtbar, unter derselben Voraussetzung, unter welcher die positive Handlung als anfechtbar erscheint, d. h. wenn sie den Gläubigern nachtheilig wird, wenn sie „die Unterlassung eines Konservativaktes“ ist; denn nicht die Unterlassung, sondern deren Rechtsfolge werde angefochten. Dies geht aber meines Erachtens entschieden zu weit. Denn wie richtig bemerkt wird[26]): „unthätig sein ist nicht handeln, die bloße Unthätigkeit ist noch keine Handlung. Allerdings kann auch eine solche Unthätigkeit rechtliche Folgen haben. Hätte aber Alles, was rechtliche Bedeutung hat, zum Gegenstande der Anfechtung erklärt werden wollen, so hätte das Gesetz dies sagen müssen.“ Ich habe an einem andern Orte[27]) der Praxis gerathen, sich an das äußerliche Moment zu halten, ob eine länger andauernde Unthätigkeit des Schuldners in Frage komme oder ein einmaliges Sich-Passiv-Verhalten bei einer Handlung des Gegentheils; im ersteren Falle wäre die „Unterlassung“ nicht zur Anfechtung geeignet, im letzteren Falle könne das „Geschehenlassen“ angefochten werden. Viel Beifall habe ich bei den Rechtsgelehrten mit dieser „unwissenschaftlichen“ Aufstellung nicht gefunden, aber die Praktiker finden sich wohl dabei. Wenigstens entscheiden sich danach die gewöhnlichen Kontroversen mit Leichtigkeit. Wenn es sich z. B. darum handelt, daß der Schuldner eine Klage verjähren ließ, so wird man

---

22) Hartmann S. 21; Kranichfeld S. 12.

23) Hartmann bemerkt hiezu: „In der Regel wird die Unterlassung des Schuldners eine unmittelbare Folge einer Kollusion zwischen dem Schuldner und dem durch die Unterlassung zu Begünstigenden sein, in welchem Falle selbstredend die ausdrückliche Vereinbarung als ein positiver Rechtsakt, die den Vollzug derselben prästirende Leistung, auch wenn sie eine negative ist, der Anfechtung unterliegt.

24) Cosack S. 51; Dernburg Bd. II S. 322; Fitting §. 15; Fuchs S. 45; v. Sarwey S. 142; v. Wilmowski S. 120.

25) Jäckel S. 50; Otto S. 46.

26) Korn S. 47.

27) Kommentar zur KO. Bd. I S. 308.

sagen: der Schuldner hat dreißig Jahre lang sich unthätig verhalten, man kann hintennach nicht mehr feststellen, welchen Theil dieser langen Zeit er nicht hätte verstreichen lassen sollen, welche Frist also durch Anfechtung wieder hergestellt werden soll. Daher ist die Anfechtung dieser Unterlassung ausgeschlossen. Oder wenn der Schuldner einige Tage vor seiner Zahlungseinstellung in erster Instanz einen Prozeß verloren hat und die Appellationsfrist ungenützt ablaufen ließ, kann dieser Ablauf völlig oder nur für die Zeit nach der Zahlungseinstellung angefochten werden? Auch diese Unterlassung, welche sich auf eine längere Zeit erstreckt, ist unanfechtbar. Wenn hingegen der Schuldner im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint und es damit „geschehen läßt“, daß das gegnerische Vortragen nach §. 296 der CivPrO. wegen seines Ausbleibens als zugestanden erachtet wird, so weiß man ganz genau, was durch die Anfechtung beseitigt werden soll, und daher ist sie zuläßig. Am deutlichsten zeigt sich der Unterschied, wenn man den Fall supponirt, daß der Schuldner eine sogenannte offene Servitut verloren gehen läßt. Erfolgt dies durch Unterlassung ihrer Benützung während der Verjährungsfrist, so kann man den Verlust nicht anfechten, weil es unmöglich ist zu bestimmen, was beseitigt werden soll; wird sie aber verloren, weil der Schuldner ohngeachtet richtig geschehener Ladung die Löschung im Grundbuche geschehen ließ, so ist die Anfechtung möglich und daher gestattet.

b. (eines Schuldners).

Es ist selbstverständlich einerlei, ob der Schuldner in eigener Person oder durch einen Stellvertreter, sei es einen freiwillig aufgestellten oder einen gesetzlichen, gehandelt hat. Die Rechtshandlung des Vormundes und Kurators, welche an sich anfechtbar ist, wird durch seine Stellung als Vertreter fremden Vermögens nicht der Anfechtung entzogen. Insoferne der Konkursverwalter für die Masse Handlungen vornimmt, ist Seitens der Massegläubiger — wenn überhaupt sonst die Voraussetzungen gegeben sein sollten — die Anfechtung zuläßig[28]). Desgleichen sind die Handlungen der Vorstände u. s. w. von Korporationen, Gesellschaften und Genossenschaften unter den gegebenen Voraussetzungen anfechtbar.

Immer aber muß eine dem Schuldner zuzurechnende Handlung vorliegen. Handlungen eines Dritten, welche das Vermögen des Schuldners zum Nachtheile des Gläubigers mindern, sind nicht Gegenstand dieses Gesetzes[29]).

---

28) Denn auch hierauf bezieht sich die Beschränkung „außerhalb des Konkursverfahrens“ nicht.

29) Z. B. A hat von B in Folge eines am 1. Juli 1884 acceptirten Wechsels 1000 Mk. zu fordern. C verkauft am 1. Oktober 1884 dem B ein Pferd, da

c. (außerhalb des Konkursverfahrens).

Vgl. hierüber die oben abgedruckten Motive. Hienach ist vor Allem das Gesetz gegeben, um die Befriedigung des Einzelgläubigers, der es nicht mit einem von mehreren Gläubigern zugleich angegriffenen Schuldner zu thun hat, sicher zu stellen[30]). Es soll auch, ohne daß eine Konkurrenz von Ansprüchen stattfindet und ohne daß es sich um einen formell als zahlungsunfähig erklärten Verpflichteten handelt, die Beschädigung des berechtigten Gläubigers, die Möglichkeit einer Beseitigung von Vermögensobjekten abgeschnitten werden. Es gehören daher hieher die Anfechtungen, so lange es nicht zum Konkurse kommt und sobald der Konkurs wieder beendigt ist. Aber das Gesetz findet unter Umständen auch dann Anwendung, wenn der Konkurs erkannt ist. Zuvörderst wenn von einem hiezu Berechtigten auf das vom Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkurses erworbene oder nicht zur Konkursmasse gehörige Vermögen gegriffen werden will. Dies ist keine Ausnahme; denn die Exekution an diesem Vermögen vollzieht sich ja außerhalb des Konkurses. Es muß aber auch dann dieses Gesetz und nicht die §§. 22—34 der KO. angewendet werden, wenn absonderungsberechtigte Gläubiger, welche an sich am Konkursverfahren Antheil nehmen, eine Anfechtung geltend machen. Indessen auch dies ist keine Ausnahme; denn soweit es sich um die Absonderung handelt, wird dieselbe vom Konkurse nicht berührt. (Vgl. hierüber §. 13.)

d. (zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers).

Man führt zwar als angebliche Parömie den Satz an: fiat justitia, pereat mundus und legt ihn dahin aus, daß man sein Recht auch nur „um des Rechtes selbst willen" verfolgen könne. Allein in der Praxis geht man von einem anderen Gesichtspunkte aus; es wird ein durch das

---

ihn aber dieser nicht zahlt, nimmt er ihm dasselbe gewaltsam weg, versteigert es und deckt sich mit dem Erlös für seinen Kaufpreis. Hier kann A allenfalls den Pferdekauf anfechten, wenn dieser an sich anfechtbar ist, die Selbstpfändung Seitens des C aber (selbst wenn sie für sich selbst ungehörig war) und seine dadurch herbeigeführte Deckung fällt nicht unter das Gesetz. Vgl. Motive zur KO. S. 212. Otto S. 26; Petersen S. 119.

30) Die Fassung des Gesetzes ist nicht ganz scharf; es findet daher das argumentum e contrario nicht statt. Man kann nicht die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb und innerhalb des Konkurses einander gegenüber stellen, sondern nur Anfechtung durch einen Einzelgläubiger und Anfechtung durch den Konkursverwalter Namens einer Masse; aber auch diese letztere findet „außerhalb des Konkursverfahrens" statt. Ebenso v. Wilmowski S. 529.

Gericht zu schützender Anspruch nur demjenigen gewährt, der ein Interesse nachweisen kann. Somit wird auch die Anfechtung nicht zugelassen, lediglich um eine unkorrekte Handlung aus der Welt zu schaffen, sondern um dem Gläubiger Befriedigung zu verschaffen. Die nähere Ausführung dieser Voraussetzung der Anfechtung ist in §. 7 gegeben.

e. (als diesem gegenüber unwirksam).

Gemeinsam ist der Anfechtung im Konkurse und außerhalb des Konkurses, daß der Erfolg derselben nicht in einer Vernichtung der angefochtenen Handlung, nicht in einer völligen Beseitigung ihrer Wirkung besteht. Dem Schuldner, dem Gegenkontrahenten und (mit gewissen Ausnahmen) dem Dritten gegenüber bleibt das, was geschehen ist, geschehen und äußert alle rechtlichen Folgen, welche mit der Handlung als solcher verknüpft sind. Aufgehoben wird durch die Anfechtung die Wirkung nur in beschränktem Maße. Aber während die vom Konkursverwalter durchgesetzte Anfechtung, weil sie Namens und in Vertretung der Masse erfolgt, den gesammten dieser Masse entzogenen Werth derselben wieder zuführt und daher allen Konkursgläubigern dienlich und ihnen allen gegenüber wirksam wird, macht die vom Einzelgläubiger erzielte Anerkennung seines Anfechtungsrechtes die Rechtshandlung des Schuldners auch nur ihm selbst gegenüber unwirksam. Nur soweit sein eigenes Befriedigungsrecht geschädigt ist, wirkt die Anfechtung, in allem Uebrigen bleibt die Rechtshandlung wie sie vor sich gegangen und soweit sie als solche rechtliche Wirkungen beanspruchen kann, unberührt und aufrecht.

Das Gesetz sagt aber auch nicht einmal: „sie sei dem benachtheiligten Gläubiger gegenüber unwirksam", sondern nur sie könne „unwirksam im Wege der Anfechtung gemacht werden." Solange also der Gläubiger seine Anfechtung nicht zur Geltung gebracht hat, muß auch er die Rechtshandlung als wirksam überhaupt und sogar als wirksam gegen sich anerkennen[31]).

f. (nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen).

Diese Worte haben eine doppelte Richtung; sie setzen vor Allem fest, daß die sämmtlichen in der Landesgesetzgebung enthaltenen Rechtsmittel, womit der Gläubiger lediglich deshalb, weil er in seinem Befriedigungsrechte geschmälert ist, Handlungen des Schuldners anfechten konnte, also

---

31) Die Motive zur KO. sagen: „Die Anfechtbarkeit ist noch weniger, als eine relative Nichtigkeit. Das Rechtsgeschäft bleibt, selbst wenn dessen Anfechtbarkeit richterlich ausgesprochen wird, als an sich gültig bestehen und behält seine Wirkung unter den handelnden Theilen nach dem Inhalte des Geschäfts. Ihm werden die Wirkungen nur nach einer Richtung entzogen." Vgl. hierüber meinen Kommentar zur KO. Bd. I S. 310.

alle der actio Pauliana nachgebildeten Klagen u. s. w. aufgehoben sind[32]). In dieser Richtung also ist zu lesen: „nur nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Reichsgesetzes."

Nach der andern Richtung aber tritt eine Beschränkung der Anfechtbarkeit nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes insoferne ein, als dieselbe nur dann stattfindet, wenn es sich um einfache Beeinträchtigung des Befriedigungsrechtes handelt und wenn die Rechtshandlung als solche unanfechtbar ist. Soferne dies nicht der Fall, wenn die Handlung selbst nichtig, unwirksam, oder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (ohne Rücksicht auf das Befriedigungsrecht des Gläubigers) anfechtbar erscheint, so finden nicht die Bestimmungen dieses Gesetzes, sondern die Vorschriften des allgemein bürgerlichen Rechtes Anwendung. Ein simulirtes Geschäft, ein Vertrag, welcher ohne Beobachtung der gesetzlichen Formen eingegangen ist, ein mit gesetzlichen Mängeln behafteter Kontrakt kann ohne Beobachtung der im vorliegenden Gesetze gesteckten Grenzen angefochten werden.

Indessen ist dies nicht allgemein anerkannt.

Die Motive (S. 17) sagen: „Der Entwurf erwähnt nicht simulirte Geschäfte des Schuldners; einer Anfechtung dieser bedarf es nicht, vom rechtlichen Gesichtspunkt sind sie nach bürgerlichem Rechte ungültig, und praktisch ist gegen sie durch die jetzt überall freie Beweiswürdigung der Frage, ob ein Scheingeschäft vorliegt, ein völlig ausreichender Schutz gewährt." Hiemit übertragen die Motive[33]) die Grundsätze, welche in der Konkursordnung über die Anfechtung von Scheingeschäften entwickelt sind, auch auf die außerkonkursrechtliche Anfechtung. Man hat zwar Folgendes hiegegen eingewendet[34]):

„Im Konkurse sei allerdings die Anfechtung eines Scheingeschäftes aus dem Rechte der Gläubiger nicht geboten, jedoch nur um deswillen nicht, weil der Konkursverwalter ebenso der Vertreter des Konkursschuldners als der der Gläubiger sei, und dieser allein zur Anfechtung berechtigt erscheint. Wenn A vor der Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen an B zum Schein sein Anwesen veräußert, so ist der Konkursverwalter vollkommen legitimirt, das Mangels eines rechtlichen Kaufvertrages dem Gemeinschuldner noch immer zustehende Eigenthumsrecht des A zu verfolgen, soweit das simulirter Weise veräußerte An-

32) In §. 14 hätte man eine dem §. 4 des Einf.-Ges. zur KO. entsprechende allgemeine Aufhebungsklausel erwarten sollen. Da diese fehlt, muß dieselbe aus obigen Worten entnommen werden.

33) Wie Hartmann S. 47 bemerkt.

34) Hartmann a. a. O.

wesen zu vindiziren und gegenüber dem etwaigen Einwand des Kaufs den Mangel der Ernstlichkeit zu rügen. Wenn aber nun A sich nicht in Konkurs befindet, und der Gläubiger C, um das scheinbar an B veräußerte Anwesen mit Beschlag zu belegen, auf Grund der Simulation dasselbe vindiziren wolle, so würde ihm offenbar die Aktivlegitimation hiezu fehlen. Sein rechtliches Interesse und seine prozessuale Befugniß werde vielmehr erst dadurch begründet werden können, daß er nach §. 745 der CivPrO. vorgehe und den Anspruch auf Herausgabe der durch simulirtes Rechtsgeschäft der Befriedigung entzogenen Sache pfände. Dies sei aber ein unpraktischer Umweg. Da nun auch wohl ausnahmslos die Simulation nur in der von beiden Handelnden getheilten Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen werde, so könnte den Motiven nur die Auslegung gegeben werden, daß es einer besonderen Erwähnung der Scheingeschäfte nicht bedürfe."

Allein es läßt sich hierauf entgegnen[35]): „Scheingeschäfte und Rechtshandlungen, welche nach Maßgabe des gegenwärtigen Gesetzes der Anfechtung unterliegen, seien begriffliche Gegensätze. Bei jenen sei das, was als Inhalt des Vertrages in die äußere Erscheinung trete, von den Parteien nicht gewollt, es existire überhaupt kein Vertragswille, der rechtliche Wirkung haben könnte, und es seien daher auch keine rechtlichen Veränderungen in dem bisherigen Rechtszustande eingetreten. Bei diesen aber sei der Vertrags-Inhalt der wirkliche Wille der Parteien, das Geschäft sei gültig und wirksam, es habe rechtliche Veränderungen in dem bisherigen Rechtszustande hervorbringen können und habe sie thatsächlich hervorgebracht. Das Anfechtungsrecht, dessen materieller Inhalt dahin kumulire, diese durch das gültige Rechtsgeschäft hervorgerufenen Wirkungen den dadurch benachtheiligten Gläubigern gegenüber zu beseitigen, könne daher auf Scheingeschäfte sich nicht beziehen, da diesen solche Wirkungen überhaupt nicht beiwohnen. Dies hätten die Motive besagen wollen, wenn sie eine Anfechtung der Scheingeschäfte als gegenstandslos bezeichneten; das Preußische, auf dem gegentheiligen Standpunkt stehende Recht[36]) sei nicht mehr von Bedeutung, da es durch das Reichsgesetz ersetzt sei[37]).

---

35) Jäckel S. 8.

36) Vgl. die Erk. des Berliner Obertribunals v. 15. April 1862 und vom 19. Dezember 1869 in den Entscheidungen Bd. 47 S. 389 und Bd. 54 S. 1, dann in Striethorst Bd. 45 S. 192 und Bd. 57 S. 183. Indessen hat auch die Preußische Praxis nur die klageweise Anfechtung, nicht die einredeweise Anfechtung eines Scheingeschäftes abgelehnt. Vgl. das Erk. v. 14. Oktober 1844 (Entscheid. Bd. 10 S. 355).

37) Jäckel gibt übrigens zu, daß auch durch ein Scheingeschäft ein thatsäch-

Meine Ansicht geht dahin: Keinenfalls darf der Anfechtungsbeklagte mit der Einrede gehört werden, das angefochtene Geschäft sei nur ein simulirtes[38]). Sobald der Kläger die sämmtlichen Voraussetzungen beweisen kann, unter welchen das gegenwärtige Gesetz die Anfechtung gestattet, ist es irrelevant, ob die sein Befriedigungsrecht schädigende Rechtshandlung des Schuldners eine ernstgemeinte oder eine nur zum Schein vorgenommene war. Im Gegentheile, sehr häufig wird die Simulation ein Beweismoment für das Bewußtsein des Gegenkontrahenten von der Ungehörigkeit des Geschäftes bilden.

Was aber die Frage betrifft, ob sich der Gläubiger, wenn er die

---

licher Zustand geschaffen werden könne, der — weil er unter dem Schein des Rechts einhergehe — den Gläubiger von der Ausübung seiner Rechte ebenso hindern könne, wie ein wirkliches, zu seiner Uebervortheilung abgeschlossenes Rechtsgeschäft. Der Scheinkäufer, welcher sich im Besitze der ihm zum Schein verkauften Sache befindet, schließe ebensogut den Exekutionszugriff des Gläubigers aus, wie derjenige, der wirklich gekauft und übergeben erhalten habe, der sich aber hiebei der Fraudulosität des Geschäftes bewußt gewesen. Auch das Scheingeschäft müsse daher „angefochten" werden, nur sei diese Anfechtung insoferne von der paulianischen verschieden, als sie nicht die Wirkungen eines gültigen Geschäftes zu beseitigen, sondern ein Geschäft, dessen Existenz behauptet werde, als in Wahrheit nicht existirend darthun wolle. Daß man auch einen solchen Angriff „Anfechtung" nennen müsse, sei ein Mangel in der juristischen Terminologie und dieser habe auch die Verwechslung verschuldet. Werde das Scheingeschäft zum Fundament eines selbständigen Angriffs gegen die Gläubiger benutzt, so stehe letzteren in allen Fällen die Einrede, daß dasselbe ein Scheingeschäft sei, aus eigenem Rechte zu. Der Beklagte bestreite, daß der Kläger dasjenige Recht, auf Grund dessen er einen Anspruch gegen ihn erhoben, überhaupt erworben habe. Daß sich dieses Bestreiten in der Form eines Einwandes darstelle und demgemäß auch die Beweislast auf den Beklagten übertrage, beruhe darauf, daß im Privatrecht die Existenz eines in rechtlich anerkannter Form geäußerten Willens so lange angenommen werden müsse, als nicht erwiesen werde, daß diese Form eine leere, d. h. daß in ihr der Parteiwille nicht enthalten sei. Werde aber dieser Nachweis erbracht, so falle mit dem Fundament des klägerischen Anspruchs auch dieser selbst zusammen und deshalb sei der Einwand für den Gläubiger keine „exceptio de jure tertii." Was nun aber die Klage des Gläubigers betrifft, so konstruirt Jäckel sie ebenso wie es das Reichsgericht gethan hat.

38) Das wäre eigentlich die formale Konsequenz des Satzes, daß sich das Gesetz von 1879 nur auf Ernstgeschäfte beziehe. Allein so ist der Satz natürlich nicht gemeint.

im gegenwärtigen Gesetze verlangten Vorbedingungen nicht nachzuweisen vermag, dennoch auf Grund der Behauptung: das Geschäft sei nur zum Scheine vorgenommen, des Rechtsmittels dieses Gesetzes bedienen könne, so schließe ich mich den Ausführungen des Reichsgerichtes an, welches diese Frage mit überzeugender Motivirung verneint[39]), aber den Gläubiger nicht rechtlos stellt[40]), sondern sowohl klage- wie einredeweise sein Befriedigungsrecht zur Geltung kommen läßt[41]). In dieser Hinsicht wird von nachstehenden Grundsätzen ausgegangen: „Zwar nicht Jedem könne es gestattet sein, ein zwischen anderen Personen vereinbartes Scheingeschäft anzufechten. Voraussetzung sei immer, daß der Anfechtende ein eigenes wirkliches Interesse bei der Anfechtung habe. Wenn aber Jemand gegen einen Andern und zwar gegen eine im Zustande der Vermögensunzulänglichkeit oder Zahlungsunfähigkeit sich befindende Person eine Forderung rechtskräftig erstritten habe, so habe er auch ein ihm regelmäßig nicht zu bestreitendes Recht, aus dem Vermögen des Schuldners seine Befriedigung zu verlangen. Dieses Recht genüge, Rechtshandlungen anzugreifen, ver-

---

39) „Das (Preußische) Gesetz vom 9. Mai 1855 gab dem Gläubiger, der einen exekutiven Titel hatte, die Klage auf Ungiltigkeitserklärung eines von seinem Schuldner mit einem Dritten vereinbarten Scheingeschäftes und zwar auch dann, wenn die anzufechtende Rechtshandlung schon vor Entstehung der Forderung des anfechtenden Gläubigers entstanden war. Das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 gibt dem Gläubiger kein solches Recht gegenüber einem bloßen Scheingeschäfte."

40) Korn S. 169 ff. billigt die Gründe des Reichsgerichtes nicht und stellt die Ansicht auf, ein einzelner Gläubiger könne simulirte Handlungen eines Schuldners aufrufen, wenn er ein Pfand- oder Hypothekenrecht an den betroffenen Gegenständen erlangt, ohne noch das Recht des Schuldners zu diesem Aufrufe sich besonders überweisen zu lassen. Er könne bei der Einziehung der ihm überwiesenen Außenstände des Schuldners dem Einwande der Tilgung mit der Replik der Simulation begegnen, auch wenn ihm ein Recht hiezu nicht speziell übertragen sei. Er sei aber nicht legitimirt, solche Außenstände ohne eine Ueberweisung aus eigenem Rechte beizutreiben oder durch Besitzübertragung vollzogene Scheingeschäfte des Schuldners ohne eine Ueberweisung des Rechts seines Schuldners, die fortgegebenen Sachen zurückzufordern, aufrufen. Vgl. auch Cosack S. 169.

41) Erk. v. 28. Februar 1881 (Entscheid. Bd. IV S. 253). Zwei weitere Erkenntnisse vom 12. April und 16. Juni 1881, welche dieselben Sätze vertreten, sind bisher in der Sammlung nicht abgedruckt, zwei andere vom 13. Dezember 1879 und vom 13. Januar 1880 stehen in Rassow und Küntzel, Beiträge (Band 24 S. 546 u. 1022).

mittels welcher der Schuldner, ohne die Absicht der Veräußerung, Vermögensobjekte an einen Dritten nur scheinbar veräußerte, um sie den Angriffen seiner Gläubiger zu entziehen. Daß gegen den Veräußerer eine Exekution des Anfechtungsklägers fruchtlos vollstreckt worden, müsse genügen, die Legitimation des Letzteren zu begründen. Denn eine Urkunde, nach deren Wortlaute Jemand ihm gehörende Vermögensobjekte an einen Anderen veräußere, während zugleich die Parteien übereinkommen, es solle Nichts veräußert sein, sei ein juristisches Nichts. Der Gläubiger des Veräußerers wolle also, indem er dennoch seine Befriedigung aus dem angeblich Veräußerten verlange, nur ein Trugbild wegschaffen, und er stütze sich darauf, der Gegenkontrahent sei ja nach seinem eigenen Willen nicht Besitzer der Sache für sich selbst, nicht Eigenthumsbesitzer, sondern nur Detentor des Schuldners, habe nur für diesen die Sache in Gewahrsam und müsse daher auch die Exekution gegen ihn an dieser seiner Sache zulassen."

Wenn nun aber dem Vorstehenden gemäß die Anfechtung wegen Simulation nicht auf Grund des Reichsgesetzes von 1879 geltend gemacht, anderseits aber die auf Grund des Reichsgesetzes begründete Anfechtung nicht wegen des Umstandes zurückgewiesen werden kann, daß das angefochtene Geschäft nur ein Scheingeschäft sei, so steht auch nichts im Wege, die beiden Anfechtungen zu kumuliren und das Geschäft zuvörderst als ein Scheingeschäft für gar nicht zu Recht bestehend, eventuell aber als nach dem Reichsgesetze hinfällig anzufechten [42]).

g. (angefochten werden).

Es besteht eine Kontroverse, welches der rechtliche Charakter der im Gesetze gegebenen Anfechtungsklage sei. Mit anderen Worten, man streitet, welches das innere Motiv bilde, wodurch die Anfechtbarkeit auf Seite des Dritten hervorgerufen werde.

---

42) Inwieweit der eine Grund während der Verhandlung und insbesondere noch in zweiter Instanz nachgebracht werden kann, beurtheilt sich nach Maßgabe der Grundsätze der Civilprozeßordnung, insbesondere der §§. 235 Ziff. 3 u. 485, dann der §§. 230 und 240. Nimmt man mit Jäckel an, daß die beiden Klagen auf verschiedenen Fundamenten beruhen, so ist die Aenderung ausgeschlossen. Nimmt man aber an, der Klagegrund für beide Ansprüche sei die Behauptung, daß ohngeachtet desjenigen, was zwischen dem Schuldner und dem Beklagten vorgegangen sei, das Befriedigungsrecht des Gläubigers sich auf das betreffende, bei dem Beklagten befindliche Vermögensobjekt zu erstrecken habe, so stellt sich der Wechsel in der Klagemotivirung nur als eine Berichtigung der anfänglich gegebenen thatsächlichen und rechtlichen Anführungen dar und dies scheint mir das Richtige.

Wenn man den Standpunkt des Römischen Rechts einnimmt, so muß man davon ausgehen, daß die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, den Dritten nicht haftbar machen kann, denn dieser hat ja keine Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger seines Schuldners [43]). Nur wenn der Dritte zugleich mit dem Schuldner in der Absicht, den Gläubiger um seine Befriedigung zu bringen, handelte, si fraudis particeps est, liegt ein Grund vor, ihn der Anfechtungsklage zu unterwerfen. Damit charakterisirt sich dieselbe als eine Dolusklage, und der Grund der Anfechtung als ein Delikt Seitens des Dritten, des Gegenkontrahenten des Schuldners.

Diesen Standpunkt hat die neuere Reichsgesetzgebung wie im Konkursrechte, so auch außerhalb desselben verlassen [44]). Indem sie, theilweise von ganz neuen Gesichtspunkten ausgehend, die Anfechtungsgründe wesentlich erweiterte und in manchen Fällen schon die objektive Benachtheiligung der Gläubiger zur Geltendmachung eines Anfechtungsrechtes für genügend erklärte, gründet sich dieses nicht mehr auf einem subjektiven Unrechte, sondern es charakterisirt sich dasselbe als eine obligatio ex lege, welche ihre Grundlage in einer im allgemeinen Interesse des Verkehrs und Kredites gegebenen besonderen gesetzlichen Vorschrift hat, die einen ausreichenden Schutz des Befriedigungsrechtes des Gläubigers bezweckt. Es bedarf keineswegs überall des Nachweises einer unerlaubten Handlung, sei es auf Seite des Schuldners, sei es auf Seite seines Vertragsgenossen, um das Recht des Gläubigers demjenigen des Dritten vorgehen zu lassen. Die Anfechtung ist nicht Strafe eines Verschuldens bei Eingehung des angefochtenen Geschäftes, sondern die Befugniß des Gläubigers, die Rechtshandlungen des zahlungsunfähigen Schuldners anzufechten, beruht auf seinem Exekutionsrechte und ist als eine Erweiterung der Exekutionsvollstreckung anzusehen [45]), als ein revokatorisches Rechtsmittel zum Zwecke der Vollstreckung des rechtskräftigen Urtheils.

---

43) Auch nicht wenn er wußte, daß sein Vertragsgenosse Gläubiger hat; sonst könnte man ja überhaupt nicht mehr kontrahiren, denn welcher Mensch hat gar keine Schulden. „Non enim si simpliciter scio, illum creditores habere, sufficit“ sagt Ulpian in fr. 10, §. 2 D. (42, 8).

44) Vgl. die Erk. des ROHG. v. 24. März 1879 (Entscheid. Bd. XV S. 33) und des RG. v. 25. November 1882 (Entscheid. Bd. X S. 328).

45) Nachdem dieser Gesichtspunkt (vgl. Hartmann S. 8) bereits in den Erk. des Berliner Obertribunals v. 12. Januar 1874 u. 14. Juni 1875 (Entscheid. Bd. 73 S. 125 u. Bd 77 S. 198) aufgestellt war, hat ihn nunmehr auch das Reichsgericht (Erk. v. 22. Februar 1882, Entscheid. Bd. VII S. 189) adoptirt, und folgt der Text seinen Ausführungen.

Indessen würde man meines Erachtens doch zu weit gehen, wenn man den inneren Grund des Anfechtungsanspruches lediglich in das Befriedigungsrecht des Gläubigers legen wollte und der Meinung sein würde, es komme auf das Verhalten des Schuldners und des Dritten gar nicht an. Denn „ein solches Ausnahmsrecht, wie es das Anfechtungsrecht dadurch wird, daß es sich durch das Eindringen des Gläubigers in eine fremde Rechtssphäre und in fremde Obligationsverhältnisse vollzieht" [46]), kann doch wohl nicht bei vollständig korrektem Verhalten derjenigen gewährt werden, gegen die es sich richtet; dieselben müssen dem Rechte einen Anlaß geben, sie mit ausnahmsweiser Strenge zu behandeln und ich glaube, wenn man die Fälle durchgeht, in denen die Anfechtung gestattet wird, läßt sich nicht verkennen, daß wenn auch keine „unerlaubte Handlung", kein „Dolus", ja nicht einmal eine eigentliche „Rechtswidrigkeit" auf Seite des Dritten [47]) vorausgesetzt wird, doch eine gewisse Pflichtwidrigkeit desselben (und unter Umständen seines Nachmannes), eine Verletzung der im Verkehre nöthigen Treue und Glauben vorliegen muß, um ihn dem an sich gegen einen Anderen gerichteten Rechte des Gläubigers auf Befriedigung zu unterwerfen.

Für die Ziffern 1 und 2 des §. 3 liegt dieselbe klar vor; sie besteht in der bewußten Theilnahme [48]) an einer den Gläubiger benachtheiligenden Handlung [49]); für die Ziffern 3 und 4 aber kommt zu bedenken, daß es zwar kein Unrecht ist, sich Etwas schenken zu lassen, daß es aber die Pflicht eines anständigen Menschen ist, Geschenke eines Zahlungsunfähigen nicht zu behalten; insbesondere dann nicht, wenn sich zeigt, daß dadurch, daß der Schuldner schenkte, sein berechtigter Gläubiger zu kurz kommt [50]).

---

46) Aus dem oben zitirten Erk. des Berliner Obertribunals.

47) Darin also stimmen wir noch mit dem Römischen Rechte überein, daß nicht das Verhalten des Schuldners, sondern jenes des Dritten in Betracht kommt.

48) Daß dieses „Bewußtsein" in Ziffer 1 nicht vermuthet, in Ziffer 2 aber vermuthet wird, liegt in der Beschaffenheit der Handlungen, um die es sich hier frägt.

49) Aber auch hier liegt auf Seite des Dritten kein Delikt und kein Dolus vor; denn seine Sache ist es nicht, den Gläubiger vor Nachtheil zu schützen. Es ist deshalb auch unzulässig, eine Anfechtung auf die Grundsätze der actio doli zu stützen, diese ist nicht mehr als subsidiäre Klage anzusehen. Erk. des RG. v. 12. Juli 1882 (Entscheid. Bd. IX S. 147).

50) Meiner Meinung nach kommt es daher bei der ganzen Kontroverse über

§. 2.

Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger [a]), welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat [b]) und dessen Forderung fällig ist [c]), befugt, soferne die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat [d]), oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen werde [e]).

a. (jeder Gläubiger).

I. Es macht keinen Unterschied — sagen die Motive — ob die Forderung persönlicher oder dinglicher Art ist, mithin ob der Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners im allgemeinen oder aus einem bestimmten Gegenstande desselben Befriedigung sucht [1]). Allein es ergibt sich sofort aus dem letzteren Ausdrucke, daß das Gesetz immer nur an Geldforderungen denkt und also auch in dieser Hinsicht eine Analogie mit dem Konkursverfahren besteht [2]). Es läßt sich allerdings denken, daß der Schuldner sich durch eine anfechtbare Rechtshandlung in die Unmöglichkeit versetzt, eine individuell geschuldete Sache dem Gläubiger herauszugeben, z. B. er schenkt die mir verkaufte alterthümliche Vase (ein Unicum) seiner

---

die Rechtsnatur der Anfechtungsklage nur auf Worte an. Auf deliktisches Verhalten im einen, und auf die rechtlose Bereicherung des Gegners im anderen Falle führen Otto S. 18, 19, v. Wilmowski S. 117 und wohl auch Hullmann, Konkursordnung S. 138, wie Wengler, Konkursordnung S. 178 ff. den Anspruch zurück. Mandry (civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze S. 381 Note 14) spricht von einem Quasidelikt, Fitting §. 16 Note 16 von Unredlichkeit, Korn S. 63 von Arglist des Schuldners und Theilnahme daran, Jäckel S. 35: von der dem anfechtbaren Rechtsgeschäfte „objektiv innewohnenden Immoralität", S. 92: von „Verletzung der Billigkeit" (vgl. auch die sehr interessanten Ausführungen auf S. 157 ff.).

Jedenfalls muß man mit Hartmann S. 5 und Dernburg Bd. II S. 312 das forum delicti verneinen. Vgl. auch meinen Kommentar zur KO. Bd. I S. 314 Note 2 und nunmehr auch die ausführliche und geistvolle Darstellung bei Cosack S. 15—32.

1) Die Motive (S. 14) führen unter Vergleichung der früheren Gesetze und Entwürfe das Nähere aus, weshalb davon Umgang genommen wurde — analog der KO. — das Anforderungsrecht der absonderungsberechtigten Gläubiger in Ansehung des Gegenstandes, welcher zu ihrer abgesonderten Befriedigung dienen soll, unter besondere Bestimmungen zu stellen.

2) Vgl. Cosack S. 45.

Gattin, oder er verkauft den von mir ihm geliehenen Elzevir an seinen Schwiegervater, der ein Antiquar ist. Allein insoweit ich hier nicht etwa mit der Eigenthumsklage, oder mit der aus dem Kontrakte entspringenden Klage gleichsam als actio utilis gegen den dritten Besitzer vorgehen kann, muß ich eben mein Interesse einklagen, und nur wenn ich für diese, in Geld angeschlagene Entschädigungsforderung aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners Befriedigung nicht erlange, kann ich behufs der Exekution auf die in anfechtbarer Weise weggegebenen Objekte greifen. Allein sofort auf Grund des §. 3 des Anfechtungsgesetzes die Zwangsvollstreckung aus der Kaufs- oder Hinterlegungsklage auf die fraglichen Gegenstände zu richten, obwohl beim Schuldner noch anderes Vermögen sich findet, wird meines Erachtens nicht zulässig sein.

II. Der Fiskus ist von dem Anfechtungsrechte nicht ausgeschlossen; auch nicht hinsichtlich seiner Ansprüche aus dem strafrechtlichen Verfahren. Insbesondere also wird die Anfechtung zulässig sein gegenüber von Rechtshandlungen, welche dazu dienen sollen, die vom Gesetze zugelassene Vermögensbeschlagnahme zu vereiteln. Wird diese Maßregel vorgekehrt zur Einziehung einer Buße, Geldstrafe, der Kosten oder der zu konfiszirenden Gegenstände (§. 40 des RStG.), so kann ihre Zulässigkeit schon deshalb nicht bezweifelt werden, weil die Strafprozeßordnung (§. 325 u. §. 495) diese Einziehung den Bestimmungen der Civilprozeßordnung unterstellt. Dies ist nun wohl für solche Vermögensbeschlagnahmen, welche lediglich zur Gestellung Abwesender (§. 332) erfolgen, nicht wiederholt und hieraus, sowie aus dem Umstande, daß dem Fiskus in solchem Falle kein Recht auf das Vermögen zustehe, wird die Unzulässigkeit der Anfechtung gefolgert [3]). Allein wenn erwogen wird, daß nach §. 334 Abs. 2 der Beschlagnahme-Beschluß dem Vormundschaftsgerichte behufs Einleitung einer Güterpflege zuzustellen ist, daß folglich für die in Vollzug zu setzende Beschlagnahme dieselben Rechte bestehen müssen, wie für die Besitznahme vormundschaftlichen Vermögens, so wird es um so weniger bestritten werden können, daß gegen anfechtbares Beiseiteschaffen des dem Abwesenden Gehörigen vorgegangen werden darf, als ja außerdem die ganze Maßregel illusorisch sein würde.

b. (welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat).

I. Das Recht, ein nicht mehr zum Vermögen des Schuldners gehöriges Objekt als Befriedigungsmittel in Anspruch zu nehmen, kann nur dann mit dem Anspruche des Gläubigers zugleich und dauernd verbunden sein, wenn dieser Anspruch ein dinglicher, an dem Objekte und

---

3) Z. B. von Hartmann S. 34.

nicht an dem Schuldner haftender ist. Soferne aber der Gläubiger nur einen persönlichen Anspruch hat, ist mit der Forderung das Recht des Zugriffes auf ein nicht mehr beim Schuldner befindliches Vermögen an sich nicht gegeben. Dasselbe ist, wie bereits in der Einleitung erörtert wurde, nur als eine Ergänzung der Exekutionsmöglichkeit zulässig, und so lange daher die Forderung des Gläubigers nicht ein Exekutionsrecht geworden, kann diesem Gläubiger auch nicht die Befugniß der Anfechtung der Entäußerungshandlungen des Schuldners, das heißt der Zugriff auf Vermögenstheile gegeben werden, welche nicht mehr in Händen des Schuldners sind.

In dieser Hinsicht nun ist hinsichtlich des Anfechtungsrechtes außerhalb des Konkurses die Gesetzgebung wesentlich in einer anderen Lage als bezüglich des Falles einer Anfechtung im Konkurse. Die Konkurseröffnung macht die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu einer unbestreitbaren Thatsache, sie setzt also auch die Anfechtung sofort in Lauf. Dies ist für die Anfechtung außerhalb des Konkurses nicht anwendbar; hier muß in anderer Weise ein Zeitpunkt und ein äußerlich erkennbarer Zustand des Schuldners fixirt werden, an welchem und durch welchen es als zulässig erscheint, daß der Gläubiger nicht blos gegen den Schuldner und gegen dasjenige, was derselbe gegenwärtig an Vermögen hat, vorgehen kann, sondern auch berechtigt wird, früher von ihm gehabtes Vermögen, welches sich jetzt in den Händen Dritter befindet, anzugreifen.

Die Motive bemerken hierüber Folgendes:

„Auf Seiten des Gläubigers soll die Anfechtung davon abhängig sein, daß er für seine Forderung einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte [4]). Die Fälligkeit der Forderung berechtigt den Gläubiger nur, Erfüllung derselben von dem Schuldner zu verlangen. Erst die Vollstreckbarkeit gewährt dem Gläubiger die rechtliche Möglichkeit, ohne den Willen des Schuldners einzelne Vermögensstücke desselben nach seiner Auswahl zu seiner Befriedigung zu verwenden. Um so mehr muß eine Befugniß des Gläubigers, aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschiedene Gegenstände einem dritten Erwerber gegenüber zu seiner Befriedigung zu beanspruchen, an die Voraussetzung der Vollstreckbarkeit gebunden sein. Der vollstreckbare Schuldtitel begründet zugleich in genügender Weise die Legitimation des Gläubigers gegenüber dem Dritten. Ein sonstiger Nachweis der Forderung des Gläubigers ist nicht erforder-

---

4) Es ist dieser Zeitpunkt schon im Preußischen Gesetze vom 9. Mai 1855 angenommen gewesen.

lich [5]). Zwar kann von einer Rechtskraft des gegen den Schuldner ergangenen Urtheils dem Dritten gegenüber nicht die Rede sein. Einer solchen bedarf es aber auch nicht, da der Anfechtungsanspruch einen eigenen Inhalt hat. Der Gläubiger braucht sich nur auszuweisen, daß er dem Schuldner gegenüber das selbständige Recht erlangt habe, in Höhe eines bestimmten Schuldbetrages seine Befriedigung aus dem Vermögen desselben zwangsweise zu suchen. Eine Nothwendigkeit, daß zur Erhebung des Anfechtungsanspruchs der vollstreckbare Schuldtitel auch mit der Vollstreckungsklausel versehen sei, hat das Gesetz nicht anerkannt. Auch soll die Anfechtung dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß im Falle des Todes des Schuldners die vollstreckbare Ausfertigung des gegen ihn erlangten Schuldtitels gemäß §. 665 der Civilprozeßordnung nunmehr gegen den Erben zu ertheilen ist. Liegt eine vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels vor, so wäre es Sache des Anfechtungsgegners, gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel Einwendungen zu erheben. Selbstverständlich bleibt es demselben auch unbenommen, in dem Anfechtungsprozesse solche Einwendungen, welche den durch den Schuldtitel gegen den Schuldner festgestellten Anspruch selbst betreffen, in dem Umfange geltend zu machen, in welchem der Schuldner zu ihrer Geltendmachung befugt wäre. Auch über diesen Umfang hinaus wird die Einrede zuzulassen sein, daß die Erlangung des Schuldtitels auf einer Kollusion zwischen Gläubiger und Schuldner beruhe."

II. Als vollstreckbare Schuldtitel sind vor Allem anzusehen die Urtheile: die Endurtheile, welche rechtskräftig oder nur für vorläufig vollstreckbar erklärt sind (§§. 644, 648—650 der CPO.) und die Vollstreckungsurtheile, welche entscheiden über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus ausländischen Urtheilen oder aus Schiedsverträgen (§§. 660 und 868 der CPO.); dann die vor deutschen Gerichten geschlossenen Vergleiche (§. 702 Nr. 1 u. 2 der CPO.), ferner die in §. 702 Nr. 3 u. 4 der CPO. genannten richterlichen Verfügungen, nämlich Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet [6]) und Vollstreckungsbefehle im Mahnverfahren, und endlich die vollstreckbaren Urkunden, sowohl die in §. 702 Nr. 5 der CPO.

---

5) Vgl. das Erk. des Berliner Obertribunals vom 7. Mai 1872 in den Entscheid. Bd. 67 S. 353.

6) Nachdem gemäß §. 808 der CPO. auf die Vollziehung des Arrestes die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden, sind auch vollstreckbar erklärte Arrestbefehle hierher zu stellen.

bezeichneten Urkunden, als auch die eventuell durch Landesgesetze für vollstreckbar erklärten Schuldtitel (§. 706 der CPO.)[7]).

Das Gesetz schreibt vor, der vollstreckbare Schuldtitel müsse erlangt sein. Ob die Vollstreckbarkeit eines Urtheils darauf beruht, daß es rechtskräftig ist, oder nur darauf, daß es vorläufig für vollstreckbar erklärt wurde (§§. 648, 649, 650 der CPO.), ist bezüglich der Existenz des Anfechtungsanspruches irrelevant, kommt aber (vgl. §. 10 dieses Gesetzes) für die Vollziehung des Anfechtungsurtheils in Betracht. Nachdem ferner das Gesetz nicht unter allen Umständen die vorherige Durchführung der Zwangsvollstreckung selbst zur Entstehung des Anfechtungsanspruches begehrt und nur von Erlangung der Vollstreckbarkeit spricht, muß, wie die Motive (vgl. oben) auch anerkennen, angenommen werden, daß es zur Begründung der Anfechtungsklage nicht erforderlich ist, eine vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels vorzulegen, also neben dem Urtheile auch die Vollstreckungsklausel (§. 662 der CPO.) zu erlangen[8]). Daß er einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt habe, muß im Falle Bestreitens der Anfechtungskläger nachweisen[9]).

III. Wie die oben abgedruckten Motive bemerken, hat der Anfechtungsbeklagte das Recht, diejenigen Einwendungen, welche dem Schuldner selbst zugestanden wären, vorzubringen; also nicht ein weitergehendes. Demselben kann daher nicht die Befugniß eingeräumt werden[10]), sich gegen die Forderung des Gläubigers selbst noch der durch das Urtheil beseitigten Einreden zu bedienen[11]). Vielmehr kann er nur:

---

7) Vgl. für Bayern Ausführungsgesetz zur CPO. Art. 4—8, 127—139, 220, 221.

8) Jäckel S. 21, Hartmann S. 31, v. Wilmowski S. 553.

9) Inwieweit er, um dies zu thun, nachweisen muß, daß die Zustellung an den Schuldner erfolgt sei, hängt davon ab, ob die Vollstreckbarkeit ohne eine solche Zustellung erlangt werden kann. Ist dies nicht der Fall, so fehlt eben ohne jenen Nachweis die gesetzliche Voraussetzung für die Anfechtung.

10) Das Berliner Obertribunal (vgl. die Erkenntnisse vom 31. März 1864 u. 25. Februar 1865 in den Entscheid. Bd. 51 S. 463, Bd. 53 S. 361) hatte unter der Herrschaft des Preußischen Anfechtungsgesetzes eine andere Ansicht vertreten. Vgl. übrigens Korn S. 15.

11) Bei einem nicht auf Urtheil beruhenden vollstreckbaren Schuldtitel ist es nach §. 705 Abs. 4 zu entscheiden, welche Einreden vorgebracht werden können. Während aber Otto S. 239 den Anfechtungsbeklagten auch Urtheilen gegenüber dieses weitergehende Recht einräumt, will umgekehrt Jäckel S. 19 Note 11 dem Anfechtungsbeklagten die dem Schuldner zu-

1) entweder die Vollstreckbarkeit bestreiten, §. 665, §. 705 Abs. 3 der CPO.[12]),
2) oder sich auf Thatsachen berufen, welche nachträglich der Forderung entgegengetreten sind (§. 616 Ziff. 2 u. 3, §. 704 Abs. 2),
3) oder endlich die Erlangung des Schuldtitels seinerseits anfechten.

Denn natürlich ist nicht die formell, sondern die materiell bestehende Vollstreckbarkeit eines Anspruches des Gläubigers seine Legitimation zum Angriff auf das vormalige Vermögen des Schuldners, welches jetzt bei einem Dritten sich befindet. Wenn also dieser Dritte das Bestehen des vollstreckbaren Anspruches mit einer exceptio doli als materiell unhaltbar anfechten will, so muß ihm dies zugestanden werden. Auf diesem Wege kann allerdings der Anfechtungsbeklagte noch Einreden gegen die Forderung des Gläubigers zur Verhandlung bringen, obwohl diese durch das

---

stehenden Einreden nicht einräumen. Erstere Ansicht ist sicherlich nach dem gegenwärtigen Gesetze nicht zu halten, aber auch die letztere kann ich nicht annehmen. Wenn der Schuldner z. B. der Schuldurkunde die Einrede entgegensetzen kann, er sei zur Unterschrift gezwungen worden, so ist diese Einrede auch für den Anfechtungsbeklagten keine exceptio de jure tertii, sondern er bestreitet damit das Vorhandensein des vom Gläubiger ihm gegenüber behaupteten vollstreckbaren Anspruches wider den Schuldner.

12) Der prozessuale Weg zur Geltendmachung materiell rechtlicher Einwendungen gegen den Vollstreckungsanspruch ist nach §. 686 die Klage auf Einstellung der Zwangsvollstreckung und Beseitigung der Vollstreckungsmaßregeln. Man mag streiten, ob dies de lege ferenda nothwendig und zweckmäßig sei. Aber nachdem es so Rechtens ist, muß es auch für den Anfechtungsbeklagten gelten. Hartmann S. 33 bestreitet solches und meint: „Die Tendenz der vom Anfechtungsgegner erhobenen Einwendungen sei eine andere, als die der Widerspruchsklage des Schuldners; letztere sollten die Wirkungen des Judikats beseitigen, an die Stelle des durch das Urtheil geschaffenen materiellen Rechts ein anderes setzen; erstere dagegen wollten lediglich die Voraussetzungen der Anfechtungsklage verneinen, seien daher wahre Einreden im prozessualen Sinne". Allein hiegegen ist zu erinnern, daß die Anfechtung des gegenwärtigen Gesetzes nur die Duldung der Zwangsvollstreckung zum Gegenstande hat, der Anfechtungsbeklagte soll nur an Stelle des Schuldners exequibel werden. Es ist daher kein Grund gegeben, ihn anders zu behandeln, als letzteren. Der Anfechtungsbeklagte will mit seinen Einwendungen gegen den vollstreckbaren Titel des Gläubigers dasselbe erreichen, wie der Schuldner, der sich der Zwangsvollstreckung widersetzt, also muß er ebenso behandelt werden wie dieser. Insbesondere wird daher auch der Anfechtungsbeklagte gemäß der Vorschrift in §. 686 Abs. 3 der CivPO. alle ihm etwa zustehenden Einreden gegen die Vollstreckbarkeit des Schuldtitels gleichzeitig geltend machen müssen.

Judikat erledigt sind. Wenn z. B. behauptet wird, das Darlehen, für welches der vollstreckbare Schuldtitel in Folge rechtskräftigen Urtheils geltend gemacht ist, sei bezahlt, diese Zahlung vom Schuldner aber absichtlich, um den Gläubiger zu einem vollstreckbaren Titel zu verhelfen, nicht geltend gemacht oder der Beweis derselben versäumt worden, so kann die Zulässigkeit dieser Einwendung nicht beanstandet werden.

c. (und dessen Forderung fällig ist).

I. Die Fälligkeit der Forderung berechtigt den Gläubiger nur, Erfüllung dieser Forderung von dem Schuldner zu fordern, nicht aber sofort dessen Vermögen ganz allgemein in Beschlag zu nehmen. Daß also die Fälligkeit nicht genügt, gegen Dritte mit Hülfe der Anfechtungsklage früheres Vermögen des Schuldners zu beanspruchen, ist klar. Zweifeln könnte man eher, ob es nöthig sei, neben dem vollstreckbaren Titel auch noch die Fälligkeit des Anspruches als Voraussetzung der Anfechtbarkeit zu erwähnen. Allein es können Fälle vorkommen, in denen die Vollstreckbarkeit auch für eine nicht fällige Forderung gewährt wird; z. B. für betagte oder suspensiv bedingte Ansprüche. Gesetzt z. B. es ist im Urtheile die Verpflichtung zur ratenweisen Zahlung von Alimenten bereits rechtskräftig festgestellt. In diesem Falle kann der Berechtigte ohngeachtet der Vollstreckbarkeit des Urtheils doch nur behufs Befriedigung der verfallenen Raten [13]), nicht aber zur Sicherung der künftig anfallenden eine etwa begründete Anfechtung geltend machen.

Ob aber eine betagte oder bedingte Forderung nicht wenigstens einen betagten oder bedingten Anfechtungsanspruch erzeugt, läßt sich bestreiten [14]). Wird die Frage verneint, so kann auch nicht im Wege eines Arrestes vorgegangen werden, weil die Civilprozeßordnung hiezu einen bereits bestehenden Anspruch verlangt. Indessen möchte ich mich für Bejahung der Frage aussprechen; denn das Gesetz macht nicht das Bestehen des Anfechtungsrechtes, sondern die Befugniß zur Anfechtung, also die Ausübung des Rechtes von der Fälligkeit abhängig. Geht man hievon aus, so muß man nach §. 796 Abs. 2 bei betagten Forderungen unbeschränkt, bei bedingten aber dann [15]), wenn daraus der Anspruch auf Sicherheitsleistung entspringt, den Arrest zulassen.

---

13) Früher war dies (nach Preuß Rechte) bestritten; vgl. das Erk. des Berl. Obertribunals in den Entscheid. Bd. XXI S. 252 u. Striethorst Bd. 80 S. 282 und dagegen das Erk. des RG. in Rassow und Küntzel, Beiträge Bd. XXIV S. 1060. Um diese Zweifel abzuschneiden, hat die Reichstagskommission die obigen Worte beigesetzt.

14) Verneinend äußert sich Hartmann S. 27, doch läßt er wenigstens eine einstweilige Verfügung nach § 814 der CivPO. zu. Bejahend Cosack S. 226; Jäckel S. 186 ff. und nunmehr auch v. Wilmowski S. 515

15) Vgl. Seuffert, Kommentar S. 929.

II. Eine wenigstens indirekte Folge der gesetzlich verlangten **Fälligkeit** des gläubigerischen Anspruches ist es[16]), daß für die zur Zeit nicht ziffernmäßig festgestellten Forderungen die Anfechtung nicht Platz greift. So lange ein in seiner Höhe bestimmter Schuldbetrag nicht vorhanden ist, kann eine Zwangsvollstreckung am Vermögen nicht eintreten, also auch nicht im Wege der Anfechtung auf in dritter Hand befindliches Vermögen gegriffen werden. Eine Anwendung dieses Satzes ist es, daß z. B. die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners auf Grund eines denselben zur Rechnungslegung verurtheilenden Erkenntnisses nicht zulässig ist[17]).

d. (**sofern die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat**).

Daß der Gläubiger eine vollstreckbare und fällige Forderung gegen den Schuldner hat, berechtigt ihn, gegen **diesen** vorzugehen. Um gegen einen Dritten, wenn auch auf Grund von Handlungen des Schuldners, Schritte zu thun, muß noch ein weiteres Moment hinzutreten; nämlich das Moment, daß beim Schuldner Nichts zu erlangen ist.

Die Motive sagen:

„In der Person des Schuldners muß zu der gegenwärtigen Zeit Zahlungsunvermögen vorliegen. Nicht Vermögensunzulänglichkeit; von dieser ist nicht einmal die Eröffnung des Konkursverfahrens und damit die Anfechtung im Konkurse abhängig gemacht (vgl. Motive zur Konkursordnung Seite 319 ff., 106—109). Die Voraussetzung im Konkurse aber ist allgemeine Zahlungsunfähigkeit, die Unfähigkeit des Schuldners, zu der gegebenen Zeit die fälligen Zahlungen zu leisten, mag deren Leistung an den andringenden Gläubiger oder an Andere zu erfolgen haben. Dies ist außerhalb des Konkurses für das Anfechtungsrecht eines einzelnen Gläubigers, welches nur dessen Befriedigung herbeiführen soll, nicht maßgebend. Hierzu ist das Unvermögen des Schuldners, dem Gläubiger wegen seiner zur Vollstreckung stehenden Forderung Befriedigung zu gewähren, genügend und nothwendig. Ein solches Befriedigungsunvermögen

---

16) Vgl. übrigens die Einleitung S. 115 ff., in welcher noch ein anderer Gesichtspunkt für diesen Ausschluß aufgestellt ist.

17) Das Berliner Obertribunal sagt in seinem Erkenntniß vom 14. Juni 1875 (Entscheid. Bd. 77 S. 198): „Das judikatmäßige Recht des Klägers auf Rechnungslegung und wegen verweigerter Rechnungslegung auf Liquidirung des Interesse ist nur die Grundlage für eine, erst in einem besonderen Verfahren festzustellende Geldforderung. Bis dahin existirt dem Begriffe, dem Umfange und der Höhe nach eine solche noch nicht."

ist erwiesen, wenn eine Zwangsvollstreckung wegen der Forderung des Gläubigers versucht ist, aber zur vollständigen Befriedigung desselben nicht geführt hat."

Es frägt sich nun, wie weit muß dieser Versuch einer Zwangsvollstreckung gemacht sein, um annehmen zu können, daß dieselbe zu einer vollständigen Befriedigung nicht geführt habe? Man kommt zuvörderst zu folgender Argumentation:

„Indem das Gesetz sagt: die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners muß fruchtlos gewesen sein, umfaßt es — wie auch aus der Argumentation der Motive auf „Zahlungsunfähigkeit" hervorgeht — das Gesammtgebiet der zur Befriedigung des Klägers von der Prozeßordnung aufgestellten Maßnahmen. Es würde daher nicht genügen, daß eine Mobiliar-Pfändung fruchtlos war, wenn der Schuldner werthvolle Häuser besitzt, auf denen keine Hypotheken lasten; der Gläubiger würde eine durch vorgehende Hypotheken erfolglos gebliebene Immobiliarbeschlagnahme nicht zur Motivirung des Anfechtungsanspruches vorbringen können, wenn der Schuldner notorisch eine reichliche Pension aus der Staatskasse bezieht und Aehnliches." Theoretisch ist dies ganz wahr, und es wird die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners dadurch keineswegs nachgewiesen erscheinen, daß ein vereinzelter fruchtloser Versuch der Zwangsvollstreckung vorliegt; denn dieser „beweist an sich nur das partielle Zahlungsunvermögen des Schuldners in Hinsicht der zur Vollstreckung gebrachten Forderung und in Hinsicht der als Exekutionsobjekt bezeichneten Vermögenstheile" (Otto). Allein praktisch wird weder der Gläubiger den schwierigen Weg der Anfechtung betreten, wenn er noch Exekutionsobjekte beim Schuldner selbst zu finden weiß, noch auch wird der Schuldner sich für eine rechtsgültig feststehende Forderung pfänden lassen, wenn er sofort realisirbare Befriedigungsmittel irgendwie in Händen hat. Deshalb hat sich das Gesetz, wie aus den Motiven deutlich hervorgeht, vollständig an die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Pflicht zum Offenbarungseid angeschlossen[18]), und ich glaube den Satz aufstellen zu dürfen, daß der Gläubiger dem Dritten gegenüber zur Anfechtungsklage jedesmal dann berechtigt ist, wenn er (oder ein anderer Gläubiger) gemäß §. 711 der CivPO. den Schuldner zum Offenbarungseide getrieben hat[19]). Es genügt diese Thatsache als ein-

18) „Für die Anfechtung werden sonach ausschließlich die in §. 711 der Civilprozeßordnung aufgestellten Voraussetzungen verlangt." Motive S. 13 unten.

19) Otto S. 235 erachtet es zwar für sachgemäß, daß dem Gläubiger, welchem der vergebliche Versuch der Vollstreckung zur Seite steht, ein weiterer Be-

faches Faktum, gegen welches, eben weil es „Faktum" ist, ein Gegenbeweis gar nicht denkbar erscheint[20]). Ich glaube, einerseits ist damit arglistigen Kollusionen des Gläubigers mit dem Schuldner (an die man ja auch denken muß) vorgebeugt und anderseits dem Gläubiger ein Mittel an die Hand gegeben, sich gegen Verschleppungen und Frivolitäten des Anfechtungsgegners zu schützen[21]). Will er diesen Weg nicht gehen, so muß er sich auf die zweite Alternative des §. 2 stützen, worüber lit. e zu vergleichen ist.

---

weis der Zahlungsunfähigkeit nicht angesonnen werde, läßt aber auf Seite des Anfechtungsgegners den Gegenbeweis zu, daß der Schuldner nichtsdestoweniger parate Mittel zur Befriedigung des Anfechtenden besitze. Diese erstere Vermuthung nimmt v. Wilmowski S. 516 nicht an, spricht sich vielmehr dafür aus, der Gläubiger müsse immer den Nachweis führen, daß die fruchtlose Zwangsvollstreckung gegen das Gesammtvermögen des Schuldners gerichtet gewesen, und bereite, zur Zwangsvollstreckung verwendbare, ohne Verheimlichung des Schuldners zu findende Mittel nicht unversucht gelassen seien. Zu diesem Nachweise könne aber allerdings unter Umständen ein einziger Akt fruchtloser Mobiliarexekution genügen, ob aber dies in concreto der Fall sei, unterliege dem richterlichen Ermessen; jedenfalls stehe dem Gegner der Gegenbeweis zu. Aehnlich Hartmann S. 35 und Cosack S. 43, welch' letzterer indessen allerdings beifügt: „Der Hinweis auf eine fruchtlos ausgefallene Mobiliarexekution, möge sie auch nicht der allerletzten Zeit angehören oder von einem anderen Gläubiger betrieben sein, werde in der Regel zum Nachweise genügen". Das Berliner Obertribunal hatte unter der Herrschaft des Gesetzes von 1855 widersprechende Urtheile erlassen, bis ein Plenarbeschluß vom 20. Juni 1870 (Entscheid. Bd. 63 S. 1 ff.) den Satz aussprach, daß dem Anfechtungsbeklagten gegen die aus fruchtloser Exekution sich ergebende Vermuthung der Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners ein Gegenbeweis zustehe. Das RG. hat in einem Erk. v. 17. Oktober 1884 (Entscheid. Bd. XII S. 400) sich ähnlich ausgesprochen.

20) Natürlich der Beweis, daß die Thatsache als solche nicht vorliege, ist zulässig; aber nicht der Beweis, daß der Schuldner demohngeachtet Etwas besitze.

21) Noch weiter geht Korn S. 21, welcher die Anfechtung als zulässig erklärt, sobald nur bei einer Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner baare Mittel zur Tilgung seiner Schuld von dem andringenden Gläubiger nicht gefunden wurden. Allein seine Begründung („der Schuldner könne, wenn er keine bereiten baaren Mittel zur Bezahlung seiner Schuld besitze, für den Gläubiger nicht gewisse Stücke aus seinem Vermögen auswählen und ihn nicht an diese verweisen, damit er sie pfände und seine Befriedigung daraus suche. Einem Andern, der sich arglistig mit dem Schuldner zur Benachtheiligung seiner Gläubiger eingelassen habe, könne man ein solches Recht auch nicht einräumen, da man damit der Arglist eine Befugniß geben

III. Es erübrigt noch die Besprechung der praktisch sehr wichtigen Frage, wie verhält es sich, im Falle die Zwangsvollstreckung zwar nicht an sich fruchtlos war, aber die gepfändeten Gegenstände werden mit Interventionsklage von einem Dritten in Anspruch genommen? Muß dieser Streit durchgeführt und verloren sein, bevor die Anfechtungsklage angestellt werden kann? Gewiß nicht. Denn Mittel, welche ich erst durch einen langwierigen und zweifelhaften Prozeß gewinnen kann, sind keine paraten, der Gläubiger hat aber auf *sofortige* Befriedigung Anspruch. Ueberdies ist ja der vom Gläubiger gegen den Intervenienten zu führende Streit auch wieder nur eine „Anfechtung"[22]) und welche der verschiedenen Rechtshandlungen des Schuldners er zuerst anfechten will, steht bei ihm. So lange freilich, als die Zwangsvollstreckung in Folge der Intervention nicht sistirt wird, gibt diese letztere natürlich keinen Anlaß, die Exekution als fruchtlose anzusehen[23]).

e. (*oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen werden*).

Wir haben bisher die erste Alternative betrachtet, nämlich die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners durch die Thatsache fruchtloser Durchführung der Zwangsvollstreckung gegen ihn. Allein wenn auch diese Thatsache nicht vorliegt, selbst wenn die Zwangsvollstreckung noch

---

würde, die ihr nicht gebühre") zeigt, daß er nur einen Theil der Anfechtungsfälle im Auge hat; die Argumentation paßt auf §. 3 Ziff. 3 u. 4 nicht. In der Hauptsache stimmt *Jäckel* S. 37 ff. mit mir überein; er sagt: „im Allgemeinen werde der Besitz von Grundstücken, selbst wenn sie erweislich nicht überschuldet und für den Gläubiger zur Deckung ausreichend seien, für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit nicht erheblich sein" (S. 38), und: „ein Gegenbeweis kann nur dahin angetreten werden, daß die *Thatsache* (der ohne Erfolg versuchten Zwangsvollstreckung) *selbst* unrichtig sei, nicht aber dahin, daß der Schuldner Vermögensobjekte besitze, die zur sofortigen Befriedigung des Gläubigers ausreichend seien" (S. 41). Dagegen gibt *Jäckel* nicht zu, daß eine Verpflichtung bestehe, erst durch den Offenbarungseid festzustellen, ob und welche Befriedigungsmittel der Schuldner noch besitze, vielmehr findet er eine praesumtio juris et de jure für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners in dem fruchtlosen Ausfalle der nachgesuchten Zwangsvollstreckung. Ersteres gebe ich natürlich auch zu, eine *Verpflichtung* die Sache durch den Offenbarungseid zu beenden besteht nicht; ich finde darin nur eine *Berechtigung* des Gläubigers, sich auf keinen weiteren Nachweis einzulassen.

22) Diese wird einredeweise, die andere klageweise betrieben; das Gesetz hat aber nicht eine Reihenfolge für diese verschiedenen Arten aufgestellt.

23) *Cosack* S. 44.

nicht einmal versucht worden ist, kann sich doch aus anderen Umständen ergeben, daß der Schulder dem Gläubiger nicht gerecht werden wird, falls es diesem letzteren nicht gelingt, dessen früher besessenes Vermögen wieder zu seiner Befriedigung herbeiziehen zu können. In diesem Falle würde es dann auf eine nutzlose Vertheuerung, Verzögerung und Gefährdung des Anfechtungsrechts hinauskommen, wenn der Gläubiger genöthigt werden sollte, noch den voraussichtlich erfolglosen Versuch einer Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu unternehmen. Ein derartiger Versuch wird selbst von der gemeinrechtlichen Praxis meist für entbehrlich gehalten [24]) und von der Mehrzahl der neueren Gesetze nicht erfordert [25]). Während aber einige dieser Gesetze [26]) sich in Aufstellungen von Rechts-Vermuthungen für eine solche Annahme ergehen oder sich in kasuistisches Detail verlieren, überläßt das Gesetz im Anschlusse an §. 711 der CivPO. Alles dem richterlichen Ermessen.

Der häufigste und wohl auch zweckdienlichste Nachweis ist immerhin der, daß eine irgendwie versuchte Zwangsvollstreckung Seitens des Gläubigers [27]) ohne Resultat blieb. Aber auch wenn eine solche zu Gunsten eines anderen Gläubigers in naher Vergangenheit ohne Erfolg vorgenommen wurde, oder sich der Schuldner selbst zahlungsunfähig bekennt, oder wenn er sein Geschäft schließt u. s. w., kann der Richter den Beweis der zweiten Alternative als erbracht ansehen. Allerdings wird man aber in diesem Falle den Gegenbeweis Seitens des Anfechtungsgegners offen lassen müssen.

Eine Eideszuschiebung an den Anfechtungsbeklagten über die Behauptung, daß die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu einer Befriedigung des Gläubigers nicht führen werde, ist unzulässig [28]).

---

24) Vergl. Seufferts Archiv Bd. XI Nr. 321; dagegen Bd. XVI Nr. 171.

25) Preußisches Gesetz vom 9. Mai 1855 §§. 2 bis mit 4; sächsisches bürgerliches Gesetzbuch §. 1509; dresdener Entwurf eines Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 1031; anders nur das hannoversche Gesetz vom 2. Juli 1864 §. 2.

26) So z. B. wenn in naher Vergangenheit eine Zwangsvollstreckung für einen anderen Gläubiger erfolglos geblieben war; wenn viele Gläubiger sich bereits gemeldet haben u. s. w.

27) Auch ohne daß die in lit. d erörterte Alternative des §. 2, die nach §. 711 der CivPO. festgestellte Mittellosigkeit des Schuldners vorliegt.

28) Aber nicht blos aus dem in den Erk. des ROHG. v. 13. Januar 1871 (Entscheid. Bd. IV S. 362) u. v. 11. Mai 1872 (Entscheid. Bd. VI S. 16) angeführten Grunde, daß die Zahlungsunfähigkeit ein Rechtsbegriff sei, sondern weil es sich um eine nicht die Person des Beklagten betreffende Thatsache handelt.

§. 3.

Anfechtbar sind:

1) Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat;

2) die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs geschlossenen entgeltlichen Verträge des Schuldners

   mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen,

   sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Schuldners benachtheiligt werden und der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war;

3) die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstand hatten;

4) die in den letzten zwei Jahren vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

Zu Nummer 1.

Der erste und allgemeine Fall der Anfechtung ist der, daß die beiden Handelnden, der Schuldner und die Gegenpartei, pflichtwidrig gehandelt haben, der Schuldner in der Absicht, den Gläubiger zu benachtheiligen, die Gegenpartei mit dem Bewußtsein, daß der Gläubiger benachtheiligt werden soll. Es ist dies also der für den Konkurs in §. 24 Ziff. 1 der KO. behandelte Fall. Wie bei diesem ist (nach meiner Ansicht) kein dolus

des Schuldners, weder Betrug im strafrechtlichen, noch betrügliches Verhalten im civilrechtlichen Sinne, eine Voraussetzung der Anfechtung, sondern nur die **fraus** der **actio Pauliana**, nicht die arglistige Absicht des Schuldners, sich selbst einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, sondern lediglich die Absicht, den Gläubiger in seinem Anspruche auf Befriedigung zu benachtheiligen.

Im Uebrigen kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf diesen Kommentar Bd. I S. 343 ff. verwiesen werden. Insbesondere ist auch außerhalb des Konkurses, um das Anfechtungsrecht nach §. 3 Nr. 1 zu begründen, keineswegs nöthig, daß damals, als die anzufechtende Rechtshandlung vorgenommen wurde, das Aktiv-Vermögen des Schuldners geringer war als seine Passiven, oder daß er schon damals seinen Gläubiger nicht hätte befriedigen können, oder auch daß er durch diese Handlung den Zustand der Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt hat. Es genügt, wenn diese letztere zur Zeit der Anfechtung besteht.

Zu Nummer 2.

I. Während in dem im §. 3 Nr. 1 behandelten Falle die Benachtheiligungsabsicht bewiesen werden muß, nimmt das Gesetz bei gewissen Rechtshandlungen des Schuldners diese Absicht, von vorneherein an und verlangt bei ihnen den Beweis des guten Glaubens, wenn sie nicht anfechtbar sein sollen. Das innere Motiv der Anfechtbarkeit bleibt also auch hier immer das „**fraudationis causa gestum**“; nur wird dies in die Form einer Zeitbestimmung gekleidet. Man kann nämlich erfahrungsgemäß annehmen, daß gewisse Rechtshandlungen mit bestimmten Personen, wenn sie kurze Zeit vor der vom Gläubiger fruchtlos versuchten Zwangsvollstreckung durch den Schuldner vorgenommen sind, in sich selbst den Stempel der Benachtheiligungsabsicht tragen. Es wird also vom Gesetz ohne Weiteres deren Anfechtbarkeit erklärt, soferne nach der seit ihrer Vornahme abgelaufenen Frist ein Zusammenhang mit der Benachtheiligung des Gläubigers sich mit Sicherheit vermuthen läßt.

Die Personen, welche das Gesetz gleichsam als „verdächtig“ erklärt, sind dieselben, wie sie die KO. in §. 24 Ziff. 2 aufführt, und ebenso ist der Ausdruck für die in Frage kommenden Rechtshandlungen gleichmäßig. (Entgeltliche Verträge.) Es kann daher auf die Erörterungen oben Bd. I S. 349 ff. verwiesen werden.

Auch die Frist, innerhalb welcher die Benachtheiligungsabsicht vermuthet wird, ist die gleiche, in beiden Fällen ein Jahr. Ein Unterschied muß aber natürlich hinsichtlich des Zeitpunktes obwalten, von welchem an diese Frist bemessen wird. In §. 24 Ziff. 2 ist nämlich die Eröffnung des Konkurses als der Moment bezeichnet, von dem an das Jahr der Anfechtbar-

keit zurückgerechnet wird, was natürlich für die Fälle der Anfechtung außerhalb des Konkurses nicht paßt.

Die Motive sagen: „Von einem früheren Zeitpunkte, als demjenigen, mit welchem der Anfechtungsanspruch entstanden ist und erhoben werden konnte, die Frist zurückzurechnen, würde willkürlich sein; es müssen vielmehr beide Voraussetzungen für den Anfechtungsanspruch, die Vollstreckbarkeit rücksichtlich der Forderung und die Unfähigkeit des Schuldners, dieselbe zu bezahlen, zusammengetroffen sein. Indessen würde es sich vom praktischen Standpunkte aus nicht empfehlen, dieses Zusammentreffen als den Ausgangspunkt für die rückwärts zu ziehende Begrenzung zu nehmen. — Als solcher empfiehlt sich vielmehr aus Rücksicht auf die Verkehrssicherheit der Eintritt der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches (CivPO. §§. 235, 230, 254, 460, 461 Abs. 2, 471 Abs. 2), in welchem Zeitpunkte der Zugriff auf die Mittel des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers als erfolgt sich darstellt“ [1]).

II. Die Rechtshängigkeit eines Anspruches beginnt nach §. 235 der CivPO. mit dem Zeitpunkte der Erhebung der Klage, d. h. mit der ordnungsmäßigen Zustellung einer den Vorschriften des §. 230 der CivPO. entsprechenden Klagschrift (Klageprotokolls §. 460) an die Gegenpartei, also noch nicht mit der Einreichung der Klageschrift bei Gericht oder der dortselbst vorgenommenen Protokollirung der Klage [2]), oder, soferne der Anspruch im Laufe eines Prozesses durch Widerklage, Präjudizial-Inzident-Klage (bezw. Widerklage), Klageergänzung oder Klagänderung geltend gemacht wird, mit dem Zeitpunkte, in welchem dieselben in der mündlichen Verhandlung zum Vortrag gebracht werden. Die Geltendmachung einer Einrede begründet nicht die Rechtshängigkeit im prozessualen Sinne des durch die Einrede vorgebrachten Anspruches, da derselben nicht die Wirkungen einer Klage bezw. Widerklage beigelegt werden kann [3]). Von

1) Cosack S. 100 bemerkt: „Treten materielle Voraussetzungen der Anfechtung, namentlich Fälligkeit und Vollstreckbarkeit der Hauptforderung erst im Laufe des Prozesses ein, so ist analog die Frist von derjenigen mündlichen Verhandlung an zurückzurechnen, in welcher der nachträgliche Eintritt dieser Voraussetzungen zuerst vorgetragen wird.“

2) Im Falle des §. 461 der CivPO., der aber wohl nicht vorkommen wird (Jäckel S. 131), wäre der mündliche Klagevortrag entscheidend.

3) So namentlich bezüglich der Kompensationseinrede Seuffert (II. Aufl. S. 173), Petersen (Bd. II S. 23, vgl. auch dessen Ausführungen in d. Zeitschr. f. Civ.-Proz. Bd. I S. 93), Erk. d. RG. v. 16. Mai 1882 (Entscheid. Bd. VI S. 420). A. M. Seuffert (I. Aufl.), Endemann II S. 22 und 23, Struckmann-Koch, v. Sarwey, Hellmann. Fitting sagt (§. 43): „durch die Geltendmachung eines Anspruches mittelst Kompensations-

dem Vorbringen der Einrede an kann also die Frist nicht zurückgerechnet werden[4]). Daraus folgt aber nicht, daß die in §. 3 Ziff. 2, 3 u. 4 aufgeführten Anfechtungsgründe im Wege der Einrede überhaupt nicht geltend gemacht werden dürften, sondern stets durch Klage oder Widerklage vor Gericht gebracht werden müßten[5]), denn eine solche Ausnahme hätte im Gesetz ausdrücklich gesagt werden müssen. Vielmehr wird, was auch der Billigkeit vollkommen entspricht, die Rechtshängigkeit des Streites, in welchem die Einrede vorgebracht wird, als die Rechtshängigkeit des mit demselben nunmehr konnexen Anfechtungsanspruches gelten müssen und es berechnet sich also die Zulässigkeit dieses letzteren von der Erhebung der Klage des Hauptstreites. Gesetzt also am 4. Juli 1890 hat A das Mobiliar des B pfänden lassen. C, der Schwiegervater des B, erhebt Widerspruchsklage, welche am 2. August 1890 dem A zugestellt wird, und legt zum Nachweise seines Eigenthums einen am 4. August 1889 mit B abgeschlossenen Kaufvertrag über das Mobiliar vor. Hier kann A meines Erachtens die Einrede, der Vertrag sei anfechtbar, auch noch am 1. September 1890 vorbringen, denn dieser fällt in das Jahr vor Rechtshängigmachung des Streites, welcher Veranlassung der erhobenen Anfechtung ist.

Die Rechtshängigkeit eines Anspruches endigt, wenn über denselben ein rechtskräftiges Urtheil, welches auch ein Theilurtheil sein kann, entschieden oder ein rechtsgültiger Vergleich abgeschlossen ist. In diesen Fällen wird auch natürlich die Frage der Fristbemessung erledigt. Anders wenn die Rechtshängigkeit durch Zurücknahme der Klage aufhört. Hier ergibt sich die Frage, ob die Anfechtbarkeit des in Frage kommenden Vertrages ohngeachtet dieser Zurücknahme bestehen bleibt oder nicht. Es muß das letztere angenommen werden, nachdem zufolge §. 243 Abs. 3 der CivPO. der Rechtsstreit als gar nicht anhängig gewesen angesehen wird. Demnach muß im Falle einer erneuerten Geltendmachung die Frist von dieser an gerechnet werden und wenn die Vornahme der anzufechtenden Rechtshandlung über das Jahr zurückfällt, so nützt es dem Anfechtungskläger Nichts, daß sie zur Zeit der ersten Klage anfechtbar gewesen ist.

Tritt eine Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens oder in Folge Unthätigkeit beider Parteien — nach §. 228 der CivPO. — ein

---

einrede entsteht die Rechtshängigkeit desselben mit ihren Wirkungen nur für den Fall, daß über den Bestand oder Nichtbestand desselben in dem Prozesse wirklich entschieden wird".

4) Dies nehmen indessen Cosack S. 100, Hartmann S. 55 u. Jäckel S. 131 doch an.

5) So v. Wilmowski S. 517.

Ruhen des Prozesses ein, so wird dadurch die Rechtshängigkeit des Anspruches nicht aufgehoben, sondern es bleiben deren formelle und materielle Wirkungen bestehen und es ist also die Frist gewahrt, d. h. die Anfechtbarkeit dauert fort. Um jedoch einer zu langen Dauer der Rechtshängigkeit entgegentreten zu können, hat die CivPO. in §. 217 u. ff. Bestimmungen getroffen, welche der interessirten Partei Mittel geben, die Fortsetzung des Verfahrens eventuell die Herbeiführung einer Endentscheidung zu bewirken, auch gegen den Willen der andern Partei, und es ist daher Sache desjenigen, der ein Interesse daran hat, die Anfechtbarkeit zu beseitigen, diese Mittel anzuwenden. Würde freilich die Partei von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, so müßten in Ermanglung einer diesbezüglichen Bestimmung der CivPO. gemäß §. 239 eod. hinsichtlich der Verjährung der Litispendenz die landesgesetzlichen Bestimmungen als maßgebend zu erachten sein[6]).

Nach §. 136 der CivPO. ist das Gericht befugt, die Trennung mehrerer in einer Klage erhobenen Ansprüche anzuordnen, dadurch hört indeß die Rechtshängigkeit eines jeden der Ansprüche nicht auf; ferner bleibt eine anhängig gemachte Sache rechtshängig durch alle Instanzen bis zur rechtskräftigen Endentscheidung. Rechtskräftig ist aber eine Entscheidung, wenn dieselbe weder durch ein ordentliches Rechtsmittel (Berufung, Revision, Beschwerde), noch durch einen Einspruch anfechtbar ist.

Besondere Bestimmungen gelten im Mahnverfahren; nach §. 633 der CivPO. treten hier die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein mit der Zustellung des Zahlungsbefehles an den Schuldner, es bleiben nach §. 635 eod. diese Wirkungen bestehen, auch wenn rechtzeitig Widerspruch erhoben wird, dagegen hört die Rechtshängigkeit auf nach §. 637 eod., wenn eine bei einem unzuständigen Gericht erhobene Klage nicht binnen sechs Monaten bei dem zuständigen Gericht erhoben wird oder nach §. 641 eod., wenn nicht binnen sechs Monaten Erlassung eines Vollstreckungsbefehles beantragt wird in dem Falle, wenn kein Widerspruch erhoben worden ist[7]).

---

6) Vgl. für Bayern Ausführungsgesetz z. CivPO. Art. 81, wornach bezüglich der Verjährung der Litispendenz die Bestimmung der bayer. Gerichtsordnung von 1753 (Cap. III §. 9) aufrecht erhalten bleibt, welche lautet: „Durch die Verjährung aber hört der Streit auf, wenn von der Zeit des in dem streitigen Punkte vorgegangenen letzten Judizialaktes 40 Jahre verflossen sind, ohne daß sich die eine oder die andere Partei bei Gericht deshalb mehr gemeldet hat."

7) Im Mahnverfahren kann der Anfechtungsanspruch übrigens nicht wohl

Zu Nummer 3 u. 4.

Diese Ziffern sind (mit Ausnahme des Berechnungsmomentes für die Frist) mit §. 25 Ziff. 1 u. 2 identisch, so daß auf Bd. I S. 356 ff. verwiesen werden kann.

---

§. 4.

Hat der Gläubiger, bevor er einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte oder seine Forderung fällig war, denjenigen, welchem gegenüber eine im §. 3 Nr. 2 bis 4 bezeichnete Rechtshandlung vorgenommen ist, von seiner Absicht, die Handlung anzufechten, durch Zustellung eines Schriftsatzes in Kenntniß gesetzt, so wird die Frist von dem Zeitpunkte der Zustellung zurückgerechnet, sofern schon zu dieser Zeit der Schuldner zahlungsunfähig war und bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit diesem Zeitpunkte der Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden ist.

I. Bevor der Schuldner zahlungsunfähig ist, kann selbstverständlich von einer Anfechtung der von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen keine Rede sein. Die bloße Besorgniß, es könnte dem Gläubiger einmal künftig die Erfüllung seines Anspruches versagt werden, berechtigt ihn nicht, den Verpflichteten gleichsam unter Kuratel zu stellen und ihn als dispositionsunfähig zu behandeln. Der vorstehende Paragraph hat demnach nur unter der Voraussetzung Anwendung, daß der Schuldner wirklich nicht im Stande ist, seinen Verpflichtungen gegen den Gläubiger nachzukommen, daß er also zahlungsunfähig ist. Ich sage aber „unter der Voraussetzung", nicht etwa: „der Paragraph kommt dann zur Anwendung, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist". Das heißt: der Gläubiger muß keineswegs, um die im §. 4 ihm zugestandene Fristwahrung vornehmen zu können, nachweisen, daß der Schuldner zahlungsunfähig sei; er wird dies zwar, um die Zustellung zu motiviren, behaupten müssen, allein einen Beweis zu stellen ist er vorerst nicht verpflichtet[1]). Der von ihm vorgenommene

---

behandelt werden. Ebenso Hartmann S. 55, Jäckel S. 131 Note 6, v. Wilmowski S. 518.

1) Das frühere Preußische Recht hatte einen der Zustellung vorausgehenden Nachweis darüber, daß der Schuldner zahlungsunfähig sei, verlangt. Hiegegen bemerken die Motive (S. 20): „Die Frage, ob der Schuldner bereits zur Zeit der Zustellung zur Befriedigung des Gläubigers unfähig gewesen sei, berührt nur die materielle Voraussetzung des Anfechtungs-

Akt hat aber diese Zahlungsunfähigkeit unbedingt zur „Voraussetzung"; das heißt, zeigt sich im Anfechtungsprozesse, daß die Voraussetzung nicht besteht, so ist der Akt hinfällig. Da aber das Gesetz die Worte beifügt: „schon zu dieser Zeit", so muß der Beweis, daß die Voraussetzung vorhanden war, sich auf den Zeitpunkt der Fristwahrung zurückerstrecken und diese wird nicht rechtswirksam durch ein späteres Eintreten der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Zum Beispiel: A besitzt einen von B acceptirten am 1. Februar 1890 fälligen Wechsel. Am 1. Mai 1889 schenkt B dem C sein Haus in der Platanenstraße und in Folge dessen läßt am 1. April 1889 A dem C einen Schriftsatz zustellen, welcher ihn in Kenntniß setzt, daß er sobald er über den noch nicht fälligen Wechsel ein vollstreckbares Urtheil erlangt haben werde, diese Schenkung anfechten wolle. Das Urtheil erfolgt am 5. März 1890 und am 6. März macht A die Anfechtungsklage anhängig. Hier genügt nicht der Beweis, daß B jetzt insolvent ist, oder am 1. Februar 1890 zahlungsunfähig gewesen sei; es muß bewiesen werden, daß B bereits am 1. April 1889 zahlungsunfähig war.

II. Die Bestimmung des §. 4 schafft keinen besonderen Anfechtungsfall; sie sichert nur das Anfechtungsrecht gegen einen für den Gläubiger unbilligen Fristablauf. Die Motive sagen: „Erlangt der Gläubiger mit dem Eintritte der Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners das Interesse, sich danach umzusehen, ob derselbe in anfechtbarer Weise ihm Befriedigungsmittel entzogen hat und Bedacht darauf zu nehmen, daß sie für ihn zurückgewährt werden, so kann die Bedingung, daß er hiezu nicht eher berechtigt wird, als bis er gegen den Schuldner einen vollstreckbaren Schuldtitel erwirkt hat, und von ihm Zahlung zu fordern in der Lage ist, den durch die Fristen des §. 3 begrenzten Anfechtungsanspruch leicht vereiteln. Diese Härte für den Gläubiger zu beseitigen und dem Schuldner die Handhabe zu nehmen, nach Willkür oder aus Arglist die Erwirkung des vollstreckbaren Schuldtitels zu verzögern, hatte schon das Preuß. Gesetz von 1855 sich zur Aufgabe gemacht, und denselben Zweck verfolgt der obige Paragraph."

Sonach muß ein Anfechtungsrecht bestehen, welches zur Zeit noch nicht geltend gemacht werden kann, sonst kann für dasselbe keine Frist gewahrt werden.

---

anspruches und bildet daher, sofern hierüber zwischen den Anfechtungsparteien Streit entsteht, einen Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Anfechtungsprozesses". Die probatio diabolica, daß eine vom Gläubiger versuchte Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner damals jedenfalls erfolglos geblieben sein würde, hat der Gläubiger übrigens nicht zu erbringen. Es genügt der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit, wie sie die KO. definirt. Vgl. oben Bd. II S. 162 ff.

Der Gläubiger muß also gegen den Schuldner eine Forderung haben, der Schuldner muß eine nach §. 3 Ziff. 2—4 der Anfechtung unterworfene Handlung vorgenommen haben und die Anfechtung muß zur Zeit nicht verfolgbar sein. Dies letztere ist möglich, weil die Forderung selbst vielleicht noch nicht fällig ist [2]) oder aber auch, weil im Augenblick die Vollstreckbarkeit noch nicht erwirkt werden kann. Wer einen vollstreckbaren Titel bereits besitzt, bedarf der Befugniß des §. 4 nicht; ich halte aber die Nicht-Vollstreckbarkeit nur für eine praktische Voraussetzung. „Wenn der Gläubiger schon sofort die Anfechtungsklage stellen kann, wird er den §. 4 nicht in Anwendung bringen". Juristische Voraussetzung ist sie nicht [3]), der Gegner wird daraus keine Einrede ableiten können [4]). Weshalb der Gläubiger die Vollstreckbarkeit seiner Forderung nicht erlangt hat, ist ebendeshalb irrelevant. Wenn er sich auch einer Säumniß schuldig gemacht hat, wenn er schuldhaft übersehen hat, sich einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen, so kann er doch die Frist durch Anzeigezustellung verlängern. Selbst in dem Falle, wenn ihm die Vollstreckbarkeit gegen Sicherheitsleistung zugesprochen ist und er die Sicherheit unmotivirter Weise nicht leistet, kann der Gegner darauf keine Einrede begründen.

Daß in §. 4 nur die Nr. 2 bis 4, nicht aber auch die Nr. 1 des §. 3 erwähnt wird, ist natürlich, da die Anfechtung der in letzterer erwähnten

---

2) Die suspensiv bedingte Forderung ist, eben weil sie noch ungewiß ist, auch nicht fällig. So sagen schon die Motive Vgl. auch Cosack S. 102; Jäckel S. 133.

3) Dies ist nicht unbestritten; Cosack sagt S. 101 Note 18: „wer einen vollstreckbaren Titel besitzt, hat kein Recht auf Fristverlängerung". Das Berliner Obertribunal in seinem Erkenntnisse vom 8. Juli 1869 (Entsch. Bd. 62 S. 346).

4) Z. B. Pferdehändler A hat gegen Baron v. B, welcher am 1. Mai 1890 der Tänzerin C eine Villa in Schwabing geschenkt hat, eine bereits eingeklagte Wechselforderung von 10,000 Mk Er läßt der C am 1. Februar 1891 seine Absicht, die Schenkung der Villa anzufechten, durch Zustellung eines Schriftsatzes kundthun und stellt am 1. Juni 1891 unter Vorlage eines vollstreckbaren Wechselurtheils v 15. Januar 1891 die Anfechtungsklage. Der Rechtsanwalt F, Vertreter der C, wendet ein: „die Klage ist erst nach Ablauf des in §. 3 Ziff. 3 für Anfechtung von Schenkungen zugelassenen Jahres erhoben, und die Frist ist nicht gewahrt, weil A schon am 1. Februar 1891 gegen B auf Grund seines ausgeklagten Wechsels die Zwangsvollstreckung hätte eintreten lassen können, sonach eine überflüssige, und also irrelevante Zustellung machen ließ." Dieser Einwand ist unbehelflich.

Rechtshandlungen an keine Frist in Bezug auf deren Vornahme gebunden ist [5]).

III. Die Motive führen weiter aus: Nach der Vorschrift des früheren Preußischen Rechtes hatte der Gläubiger vor der Vollstreckbarkeit seiner Forderung bei Anstellung der Klage oder im Laufe des Prozesses gegen den Schuldner dem Prozeßgerichte die Rechtshandlung, welche er künftig anfechten, und die Person, gegen welche er sie anfechten will, mit dem Antrage zu bezeichnen, dieser Person seine Absicht bekannt zu machen; zu der Bekanntmachung wurde Bescheinigung der Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners gefordert; alsdann sollte die Bekanntmachung den Erfolg haben, daß die Frist für die Anfechtung von der Zustellung der Bekanntmachung zurückgerechnet würde. Das gegenwärtige Gesetz hat eine ähnliche Fristerstreckung umsomehr vorschlagen zu sollen geglaubt, als die Fristen desselben ohnedies dem bisherigen preußischen Recht gegenüber nicht unerheblich verkürzt sind. Es weicht von der Vorschrift des preußischen Gesetzes nur in Einzelheiten ab. Einerseits hat dasselbe die Voraussetzungen für die Fristerstreckung erweitert; es hat sie in allen Fällen ermöglicht, in denen der Gläubiger, der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ungeachtet, noch nicht in der Lage ist, den Anfechtungsanspruch rechtshängig zu machen, sei es, weil er noch des vollstreckbaren Schuldtitels ermangelt, sei es, weil er in Folge einer in demselben enthaltenen Zeitbestimmung oder Bedingung Befriedigung noch nicht zu fordern berechtigt ist. Eine Nothwendigkeit, daß der Prozeß gegen den Schuldner bereits angestellt sei, ist im Gesetze nicht anerkannt; der Anstellung können noch umständliche Vorbereitungen oder Zeitbestimmungen oder Bedingungen entgegenstehen, und gleichwohl kann der Ablauf der Anfechtungsfrist nahe bevorstehen. Ferner soll es eines der Zustellung vorausgehenden Nachweises in Betreff der Vermögenslage des Schuldners nicht bedürfen; die Frage, ob der Schuldner bereits zur Zeit der Zustellung zur Befriedigung des Gläubigers unfähig gewesen sei, berührt eine materielle Voraussetzung des Anfechtungsanspruchs und bildet daher, sofern hierüber zwischen den Anfechtungsparteien Streit entsteht, einen Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung im Anfechtungsprozesse. Auf der anderen Seite macht sich das Bedürfniß geltend, dem Gläubiger, welcher die Zustellung hat bewirken lassen, eine zeitliche Schranke zu setzen, innerhalb deren die Rechtshängigmachung des Anfechtungsanspruchs zu erfolgen hat. Da das Gesetz sonst nach dem zu §. 3 Bemerkten den Anfechtungsanspruch keiner Verjährung unterwirft, würde auch der

---

5) Von der Verjährung der Anfechtungsklage selbst abgesehen.

redliche Empfänger nach einmal erfolgter Zustellung willkürlich lange mit der Anfechtung bedroht bleiben. Zwar wäre es ihm unbenommen, die Ungewißheit über das Bestehen des Anfechtungsrechtes durch eine Feststellungsklage nach §. 231 der Civilprozeßordnung zu beseitigen. Die Nöthigung zur Anstellung einer solchen Klage wäre jedoch eine Härte. Mit Rücksicht hierauf, sowie zur Vermeidung unnöthiger Prozesse erscheint es zweckmäßig, die Wirkung der Zustellung nach Ablauf eines gewissen Zeitraums erlöschen zu lassen. Die Bemessung desselben ist eine Frage der Zweckmäßigkeit. Die Vorschrift des Gesetzes beruht auf der Annahme, daß es dem Gläubiger in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle möglich sein werde, spätestens innerhalb zweier Jahre einen vollstreckbaren Schuldtitel für seine Forderung zu erlangen. Sollten alle etwa denkbaren Fälle einer unverschuldeten Behinderung des Gläubigers getroffen werden, insbesondere auch diejenigen Fälle, in denen die Fälligkeit der Forderung des Gläubigers erst nach Jahren eintritt, so hätte auf eine nicht empfehlenswerthe Kasuistik eingegangen werden müssen, welche wiederum Gefahr liefe, die nothwendige Rücksicht auf die Sicherheit des Anfechtungs-Gegners außer Acht zu lassen."

Hieraus geht also hervor:

A. Der Gläubiger ist nicht gehalten, seine Klage auf Anfechtung der Rechtshandlung seines Schuldners, welche ihm sein Befriedigungsobjekt entzieht, sofort mit Behändigung des Schriftsatzes oder schon vorher anzustellen; es genügt, die Absicht hierauf anzukündigen;

B. Er braucht, wie schon oben erwähnt, weder für das Vorhandensein einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, noch auch für die Schmälerung seines Befriedigungsrechtes zugleich mit seiner Fristwahrung Beweis anzutreten, das Alles ist Sache des späteren Verfahrens.

C. Die Zustellung gewährt ihm keinen anderen Vortheil, als die Verlängerung der Frist, innerhalb welcher die Anfechtung erfolgen kann. Anstatt daß die Rechtshängigmachung der Klage den terminus a quo, den Tag bildet, von dem aus rückwärts gerechnet die Rechtshandlung vorgenommen sein muß, um angefochten werden zu können, wird dies der Zustellungstag. Alle sonstigen Voraussetzungen bleiben gleich; es wird nur angenommen, die Klage sei schon in diesem Zeitpunkte gestellt worden.

D. Die Fristwahrung erlischt, wenn sie nicht innerhalb zweier Jahre durch wirkliche Erhebung des Anfechtungsanspruches purifizirt wird. Ob diese Erhebung durch Verschulden des Gläubigers oder aus anderen Gründen unterblieb, ist einerlei; selbst wenn er nachweisen wollte, es sei ihm unmöglich gewesen, die Vollstreckbarkeit zu erwirken[6]), würde dies

6) Cosack S. 102 sagt mit Recht: „Selbst eine dolose Verzögerung des

ihm Nichts nützen. Es geht daraus hervor, daß man für eine Forderung, welche erst nach zwei Jahren, von der Zustellung des Schriftsatzes an gerechnet, fällig wird, das Anfechtungsrecht überhaupt nicht wahren kann.

IV. Wenn das Gesetz sagt: „Zeitpunkt", so meint dasselbe nicht den Augenblick, sondern den Tag. Wenn ich dem A um 12 Uhr 5 Minuten Montag den 16. Februar 1885 die Zustellung machen lasse, so muß ich nicht 730 Tage später bis 12 Uhr 5 Minuten Anfechtungsklage erhoben haben, sondern meine Klage ist rechtzeitig rechtshängig gemacht, wenn dies vor Ablauf des 16. Februar 1887 geschehen ist.

Ebenso ist es mit der Zurückrechnung; wenn die von mir angefochtene Rechtshandlung auch nicht in die Frist bis zum 17. Februar 1884 (365 Tage) 12 Uhr 5 Minuten Mittags fällt, sondern an irgend einem Tage, einschließlich den ganzen 16. Februar 1884, vorgenommen wurde, so ist die Frist gewahrt.

Eine Unterbrechung der Frist durch die Gerichtsferien tritt nicht ein. (§. 201 der Civ.-Pr.-O.).

Die Vorschrift des §. 200 Abs. 2 der Civ.-Pr.-O. halte ich gleichfalls für anwendbar [7]).

V. Das Gesetz beschränkt sich auf das Begehren „der Zustellung eines Schriftsatzes"; es sagt weder wie der Schriftsatz beschaffen sein müsse, noch auch wie die Zustellung erfolgen solle. Soviel aber steht natürlich fest, daß mündliches Inkenntnißsetzen, Mahnung durch einen Boten (denn hier würde der Schriftsatz fehlen), Nachricht mittelst eines eingeschriebenen oder von einer Privatperson (oder vom Gläubiger selbst) übergebenen Briefes, Anschlag an der Wohnung, Inserat in der Zei-

---

Vorprozesses, welche der Schuldner und an seiner Seite der als Intervenient auftretende Anfechtungsgegner zu veranlassen wissen, ändert an der ein für alle mal auf zwei Jahre fixirten Frist Nichts."

7) Sowohl Hartmann S. 54 als Cosack S. 99, Jäckel S. 131 und v. Wilmowski S. 520 erklären diese Fristen als nicht prozessuale und wollen daher die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes bei der Berechnung in Anwendung bringen. Ich glaube nicht, daß es Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann, durch Einschleppung der ganzen Misere unseres zerspaltenen Civilrechtes in das einheitliche Reichsgesetz, die Anwendung desselben zu einer in jedem Bundesstaate anderen zu machen. Ueberdies ist die „Zustellung des Schriftsatzes" eine rein prozessuale Handlung und auch die Fristen in §. 3 zählen alle von dem rein prozessualen Momente der Rechtshängigkeit ab, so daß meines Erachtens ihre prozeßrechtliche Behandlung vollkommen gerechtfertigt erscheint.

tung [8]) u. s. w. wirkungslos ist. Ich halte es vielmehr, nachdem der Ausdruck „Zustellung" ein technischer ist, für durchaus nothwendig, daß die Uebermittlung des Schriftsatzes an den zukünftigen Anfechtungsbeklagten in einer mit autoritativer Wirkung bekleideten Weise geschehe. Wo (wie in Preußen und Bayern) [9]) den Gerichtsvollziehern die Befugniß eingeräumt ist, Schriftstücke auch außerhalb des Prozesses zuzustellen und darüber mit öffentlicher Autorität versehene Urkunden aufzunehmen, ist die Sache einfach. Es ist diese Art der Behändigung durch den Gerichtsvollzieher nothwendig. Andernfalls wird ein Notar oder sonst eine zu derartigen Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit [10]) (Wechselprotest u. s. w.) befugte Persönlichkeit zu beauftragen sein. Der Gerichtsschreiber ist nicht verpflichtet, solche Zustellungen vorzunehmen [11]).

Der Schriftsatz muß enthalten eine genaue Bezeichnung:

A. der Handlung, welche angefochten werden will [12]);

B. der Forderung, für welche der Gläubiger die Anfechtung beabsichtigt, und weßhalb er die Anfechtung zur Zeit nicht bethätigen kann [13]);

C. der Person des Schuldners nebst der Behauptung seiner Zahlungsunfähigkeit [14]).

---

8) All dies ist nicht „Zustellung". v. Wilmowski S. 519 hält Uebersendung eines Briefes durch die Post oder einen Boten für genügend.

9) Preußisches Ausführungsgesetz v. 24. März 1879 §. 1 Abs. 3, Bayer. Ausf.-G. v. 23. Februar 1879 Art. 66.

10) Etwas Anderes ist vorerst die Zustellung nicht. Deshalb braucht auch dann, wenn später die Anfechtung im Anwaltsprozeß auszustreiten ist, doch ein Anwalt nicht zugezogen zu werden. Vgl. Hartmann S. 73, Jäckel S. 134, Kranichfeld S. 36, Otto S. 234, v. Wilmowski S. 519.

11) Ebenso Hartmann S. 73 u. Wilmowski S. 519, A. A. Otto S. 234 mit Berufung auf §. 152 Abs. 2 der Civ.-Pr.-O.

12) Dieselbe muß schon vorgenommen sein; eine Anzeige, man werde, wenn die und die Handlung vorgenommen werden würde, dieselbe jedenfalls anfechten, ist verfrüht und daher werthlos.

13) Nicht aber, wie Kranichfeld S. 36 meint, auch die Angabe der Gesetzesstelle, welche die Anfechtung begründen soll. Cosack S. 102 hält weder eine Bezeichnung des Gläubigers noch eine Angabe über den Umfang, in welchem angefochten werden will, für nöthig.

14) Dies ist nothwendig, um den Gegner in den Stand zu setzen, entweder den Schuldner zur Zahlung zu veranlassen, oder vom Geschäfte abzugehen oder sich den Beweis zu sichern, daß der Schuldner nicht zahlungsunfähig sei.

Nur für diese Momente wird die Frist durch die Anzeige gewahrt. Wenn also z. B. A dem B anzeigt, er werde für seine gegen C ihm zustehende Kaufschillingsforderung, die von C an B am 3. Mai gemachte Schenkung anfechten, so kann er später nicht für einen von C acceptirten Wechsel die Anfechtung erheben, er kann nicht eine am 4. Juni gemachte Schenkung des B und nicht einen am 3. Mai zwischen B und C (dem Schwager des C) geschlossenen Kauf anfechten, noch weniger natürlich eine Schenkung des D an B.

Nach dem soeben Vorgetragenen ergibt sich, daß der Anfechtungsgegner kraft des Gesetzes ein Recht auf diese formelle Inkenntnißsetzung hat. Ich glaube daher nicht, daß die Frist auch dann gewahrt ist, wenn der Gläubiger eine Anfechtungsklage wirklich erhoben hat und diese später zurücknimmt oder wenn er damit abgewiesen wird [15]).

---

§. 5.

Die Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede kann erfolgen, bevor ein vollstreckbarer Schuldtitel für die Forderung erlangt ist; der Gläubiger hat denselben jedoch vor der Entscheidung binnen einer von dem Gerichte zu bestimmenden Frist beizubringen.

Dieser Paragraph fehlte im Entwurf und wurde von der Reichstagskommission eingestellt.

I. In der Regel wird die Anfechtung einer vom Schuldner vorgenommenen Rechtshandlung in der Absicht erhoben, um ein in den Händen eines Dritten befindliches Befriedigungsobjekt zu erlangen. Es ist aber der Fall denkbar, daß der Gläubiger das Befriedigungsobjekt in seine Hände bekommen hat und die Anfechtung dazu dienen soll, es behalten

---

15) A. A. Cosack S. 103 u. Jäckel S. 134. Dieser letztere Autor stützt sich dabei auf ein Urtheil des Berliner Obertribunals v. 22. Februar 1853 (Striethorst Bd. 9 S. 12) (über §. 7 des Gesetzes v. 26. April 1835) und meint, „die Vorschrift in §. 243 Abs. 3 der Civ.-Pr.-O., wonach die Zurücknahme der Klage zur Folge hat, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig anzusehen sei, stehe deshalb nicht entgegen, weil die Erstreckung der Anfechtungsfrist nicht Folge der Rechtshängigkeit, sondern Folge der Zustellung des Klageschriftsatzes sei." Allein die Klage ist eben kein Schriftsatz des Inhaltes, daß man die Frist zur Anfechtung verlängern wolle.

zu können, den auf Grund einer vom Schuldner vorgenommenen Rechtshandlung von einem Dritten gegen ihn erhobenen Anspruch auf Herausgabe abzulehnen. Diesen Fall behandelt §. 5. Er trägt meines Erachtens den Charakter einer „Improvisation“, wie die meisten in der konstitutionellen Verarbeitung der Gesetzentwürfe gemachten Aenderungen und die Auslegung darf sich daher mehr als sonst erlauben. Ich glaube, der Wortlaut muß einerseits eingeschränkt, andererseits ausgedehnt werden.

A. Der Paragraph spricht nur von der „Einrede“; er ist aber anwendbar auf die Geltendmachung durch Replik (Quadruplik) und durch Widerklage[1]). Denn es wäre kein Grund denkbar, weshalb diese Art, sein Recht zu wahren, ausgeschlossen sein sollte.

B. Der Paragraph ist aber insofern einschränkend auszulegen, als er nicht jedesmal anwendbar ist, wenn die Anfechtung einredeweise geltend gemacht wird und der vollstreckbare Titel fehlt. Denn wenn das Geschäft noch so anfechtbar ist, aus diesem Grunde allein kann sich der Beklagte, mag er einen vollstreckbaren Titel haben oder nicht, doch der Einrede nicht bedienen, wenn nicht seine Forderung an den Schuldner fällig und der Schuldner zahlungsunfähig ist. Indessen werden hier zwei Momente in das Gewicht fallen: wie schon oben bemerkt, ist die Zahlungsunfähigkeit nicht schon zu beweisen zur Zeit, wo die Anfechtung erklärt wird, es genügt, wenn später sich herausstellt, daß sie bestanden hat zur Zeit, als die Rechtshandlung vorgenommen wurde, auf welche die Einrede sich stützt. Was aber die Nicht-Fälligkeit oder die Suspensiv-Bedingtheit betrifft, so muß es offenbar genügen, wenn dieser Mangel noch vor der Entscheidung sich beseitigt; aber es muß diese Beseitigung auch eingetreten sein. Denn darauf, daß die Forderung des Beklagten an einen Dritten, welche er mit seiner Einrede gegen den Kläger schützen will, fällig werde, braucht natürlich der letztere nicht zu warten[2]).

---

1) Auf die Einrede schränken den §. 5 ein: Jäckel S. 23 u. v. Wilmowski S. 521. Dagegen lassen Cosack S. 36 und Otto S. 161 die Replik gleichfalls zu. Hartmann S. 74 erwähnt die Replik nicht, schließt aber die Widerklage aus.

2) Dagegen glaube ich nicht, daß der Kläger replicando die Nichtexistenz oder Nichtfälligkeit der Forderung des Beklagten gegen den Dritten behaupten und dadurch ein eigenes Verfahren zwischen ihm und dem Anfechtungsberechtigten hervorrufen kann (wie Jäckel S. 23 Note 17 annimmt). Denn dieser Mangel zeigt sich schon von selbst dadurch, daß wenn er besteht, die Vollstreckbarkeit schließlich fehlen wird.

II. Während nach gemeinem Rechte der Nachweis einer durch den Kläger gespielten Gefährde genügte, um den von ihm erhobenen Anspruch ope exceptionis hinfällig zu machen, hat nach dem Reichsgesetze die auf die Anfechtbarkeit gestützte Einrede vorerst nur eine prozessuale Folge; es wird dem Beklagten eine Frist zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels gegen den Schuldner gewährt. Die Rechtsgestaltung ist daher eigenthümlich, indem der Prozeß zwischen A und B unterbrochen wird, damit der B gegen den C vorgehen kann.

Die Frist ist vom Richter zu bestimmen und wird sich nach den faktischen Verhältnissen zu richten haben. Es wird zu erwägen sein, wie lange es dauern kann, daß bei Anwendung der genügenden Sorgfalt der Beklagte gegen seinen Schuldner die Vollstreckbarkeit erwirkt. Und nachdem das Gesetz keinen gegen den Schuldner schon vorher geschehenen Schritt fordert, kann die Frist so weit bemessen werden, daß eine bisher noch gar nicht eingeklagte Forderung bis zur fruchtlosen Zwangsvollstreckung durchgeführt zu werden vermag[3]). Ob das Nichtvorhandensein eines vollstreckbaren Schuldtitels durch die Verhältnisse oder durch Nachlässigkeit des Excipienten erfolgt ist, wird vom Gesetze nicht beachtet[4]), doch wird der Richter bei Bemessung der Frist darauf Rücksicht nehmen können.

Muß der Richter ohne Prüfung des Sachverhaltes sofort eine Frist gewähren? Gewiß nicht; denn damit wäre jedem frivolen Schuldner ein Mittel gegeben, den Prozeß zu verzögern[5]). Deshalb wird die Einrede thatsächlich und rechtlich zu substanziren und es werden dem Richter die nöthigen Anhaltspunkte, um eine Frist bemessen zu können, vorzulegen sein. Zeigt sich die Einrede als nach § 3 des Anfechtungsgesetzes unbehelflich, so wird sie ohne Vorsteckung einer Frist verworfen. Desgleichen, wenn sie nicht bis zur Entscheidung bewiesen ist[6]).

III. Die Frist ist eine richterliche im Sinne des §. 198 der CivPO., sie kann durch Vereinbarung der Parteien oder durch den Richter auf

---

3) Cosack S. 36.

4) Jäckel S. 23 Note 11.

5) Er brauchte nur eine beliebige Anfechtbarkeit des zwischen seinem Kläger und dessen Vormann vorgegangenen Rechtsgeschäftes zu behaupten.

6) Wie v. Wilmowski mit Recht betont (S. 521), wird nur die Vollstreckbarkeit des Schuldtitels in §. 5 befristet; in allem Uebrigen wird die Einrede der Anfechtbarkeit wie jede andere behandelt und bleibt daher unberücksichtigt, wenn sie nicht bewiesen wird.

Antrag verlängert werden[7]), sie wird durch die Gerichtsferien gehemmt. Gelingt es dem Excipienten innerhalb der ursprünglichen oder der verlängerten Frist nicht, die Vollstreckbarkeit zu erwirken, so wird bei der Entscheidung seine Einrede verworfen[8]). Wird die Entscheidung durch ein Rechtsmittel angefochten und bis zur Entscheidung in der höheren Instanz die Vollstreckbarkeit erwirkt, so kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Oberrichter die Einrede noch zulassen. Dagegen bin ich nicht der Meinung, daß in demselben Rechtsstreite die nachträglich erwirkte Vollstreckbarkeit eine Berücksichtigung finden könne[9]), und zwar folgere ich dies aus den Worten „hat vor der Entscheidung beizubringen"; denn andernfalls hätte es heißen müssen „im Laufe des Rechtsstreites". Dagegen ist das Anfechtungsrecht in keiner Weise durch die Fristversäumung berührt. Wird die Vollstreckbarkeit später nachgebracht, so kann der mit der Einrede Durchgefallene selbständig Klage erheben und steht ihm die Verwerfung der Einrede im Vorprozesse nicht entgegen[10]).

IV. Was ist unter der „Entscheidung" zu verstehen? Immer nur die Endentscheidung im Sinne des §. 272 der CivPO. Diese allerdings ohne Unterschied, ob sie unbedingt oder durch einen Eid bedingt ergangen ist[11]). Bis zu diesem Zeitpunkte geht also der Rechtsstreit unbehindert fort Die Verhandlung der Sache, der Beweisbeschluß, die Erhebung des Beweises kann nicht bis zur Erlangung der Vollstreckbarkeit vertagt werden.

---

7) Gegen die Verlängerung kann sich der Kläger beschweren, nicht aber gegen Abweisung seines Antrages der Anfechtungsberechtigte (§. 202 Abs. 3).

8) Ohne daß richterliche Androhung dieses Rechtsnachtheils oder Antrag der Gegenpartei nöthig wäre. §. 208, 209 der CivPO.

9) Wie Jäckel a. a. O. in analoger Anwendung der §. 329 und 321 der CivPO. annimmt.

10) Ebenso Jäckel S. 23 und Wilmowski S. 521. Anderer Ansicht Hartmann S. 75 und Kranichfeld S. 37 u. 38.

11) Dagegen kann natürlich dieses Endurtheil nicht unter der Bedingung einer nachträglichen Beibringung der Vollstreckbarkeit ergehen. Denn eben um dies zu vermeiden, ordnet das Gesetz die Vertagung des Urtheils an.

§. 6.

Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen[a]), daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt[b]), oder daß dieselbe durch Zwangsvollstreckung[c]) oder durch Vollziehung eines Arrestes[d]) erwirkt worden ist.

(Dieser Paragraph stimmt mit §. 28 der KO. wörtlich überein und ist deshalb im Entwurfe auch nicht weiter motivirt.)

a) (wird dadurch nicht ausgeschlossen).

Das Gesetz spricht hier lediglich eine Negative aus, es statuirt kein Gebot, sondern es schließt lediglich ein Verbot aus[1]). An und für sich kann nur die Rechtshandlung des Schuldners der Anfechtung durch den Gläubiger unterliegen; gerichtliche Akte dürfen nicht der Rechtswirksamkeit beraubt werden, weil sie einem Dritten schädlich sind. Hievon macht der vorstehende Paragraph eine Ausnahme, aber doch lediglich bis zu einer gewissen Grenze. Den gerichtlichen Akt als solchen läßt es nicht anfechten, aber es soll nach seiner Bestimmung eine für sich selbst anfechtbare Rechtshandlung des Schuldners dadurch nicht zu Gunsten des Dritten unanfechtbar werden, daß derselbe eine gerichtliche Anerkennung seines Anspruches erlangt hat. Mit Recht: denn diese Anerkennung bezieht sich ja nur auf das Verhältniß des Schuldners zum Dritten, nicht aber auf dasjenige des anfechtungsberechtigten Gläubigers zu diesen beiden. Dies ist ganz klar, wenn es sich nur um eine der Rechtshandlung des Schuldners nachträglich (oder auch sofort) hinzugefügte Vollstreckbarkeit frägt. Denn hier ist richtig, was die Motive zur KO. bemerken:

„Wenn eine Handlung nach den Bestimmungen des Gesetzes anfechtbar ist, so darf deren Anfechtung nicht dadurch verhindert oder erschwert werden, daß der Gemeinschuldner im Wege der Zwangsvollstreckung zur Vornahme der Handlung sich hatte zwingen lassen, oder daß ein Vollstreckungstitel erwirkt ist, auf Grund dessen er sich dazu hätte zwingen lassen können. Die Vollstreckbarkeit der Handlung schließt das Anfechtungsrecht nicht aus. Dieser Satz ist eine nothwendige Ergänzung der sonstigen Bestimmungen."

Aber selbst dann, wenn nicht blos die Handlung des Schuldners, welche dem Gläubiger ein Befriedigungsmittel entzog, durch den Gerichtsakt gleichsam verstärkt wurde, sondern wenn die Vermögensminderung

---

1) Positiv hätte die Bestimmung lauten müssen: „Die Anfechtung ist zulässig, auch wenn für die anzufechtende rc." — Allein dies wäre etwas wesentlich Verschiedenes gewesen.

des Schuldners durch den richterlichen Akt selbst eingetreten ist, wird dem Gläubiger das Anfechtungsrecht nicht entzogen. Indessen wird auch hier nicht der richterliche Akt angefochten, sondern nur das, was in Folge des richterlichen Aktes zwischem dem Schuldner und dem Dritten vor sich gegangen ist.

Deshalb behält auch der vollstreckbare Rechtstitel an sich, z. B. Dritten gegenüber, seine volle Rechtswirksamkeit, nur der anfechtungsberechtigte Gläubiger ist daran nicht gebunden.

Die Motive enthalten aber noch einen weiteren Satz, welcher einer näheren Betrachtung bedarf; sie fahren fort:

„Der Vollstreckungstitel, der nur zwischen den Parteien, dem Gemeinschuldner und dessen Gegnern wirkt, berührt nicht die Gläubiger und braucht daher nicht angefochten zu werden."

Dies Motiv aber beweist im Grunde nichts[2]); denn auch jeder Vertrag des Schuldners mit einem Dritten ist für den Gläubiger res inter alios acta, bindet aber den letztern doch, bis er ihn im Wege der Anfechtung beseitigt hat. Allein sobald angenommen wird, und die Nothwendigkeit hiezu ergibt sich aus dem dem §. 1 des Gesetzes zu Grunde liegenden Satze, daß der Gläubiger gleichsam ein Recht hat, seine Befriedigung zu verlangen aus dem gesammten Vermögen des Schuldners, wie es zur Zeit der Eingehung der Schuldverbindlichkeit besteht, und dieses Recht — allerdings nur unter Umständen — dem später unlauter erworbenen Rechte des Dritten vorgeht, so kann man allerdings mit den Motiven sagen, daß was zu Gunsten dieses nachträglich erworbenen Rechtes des Dritten vom Gerichte verfügt ist, dem schon vorher bestandenen Rechte des Gläubigers nicht präjudiziren kann[3]). Deshalb werden die Fristen für die Anfechtbarkeit auch von der Handlung des Schuldners an, nicht von der Vollstreckbarkeit oder der Zwangsvollstreckung an, gerechnet.

b. (ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt).

I. Während §. 2 auf Seite des Gläubigers die Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels als Voraussetzung des Anfechtungsrechtes aufstellt, spricht §. 6 umgekehrt aus, daß die Nichterlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels auf Seite des Dritten nicht Voraussetzung der Anfechtung ist. Die Richtung der Vorschrift ist also die entgegengesetzte,

---

2) Vgl. Cosack S. 56.

3) Ich kann übrigens auf die ausführlichen Erörterungen in meinem Kommentar zur Konkursordnung Bd. I S. 392 verweisen. Vgl. auch Jäckel S. 65 ff., Otto S. 84 ff., 89, v. Wilmowski S. 154 ff.

die Qualifikation aber identisch, weshalb hierüber die Erörterungen oben S. 143 zu vergleichen sind.

II. Das Gesetz sagt: der vollstreckbare Schuldtitel müsse erlangt sein. Es macht hiebei keinen Unterschied, ob für eine an sich anfechtbare Rechtshandlung erst nachträglich ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt worden ist oder ob die anzufechtende Rechtshandlung in der Erwirkung eines vollstreckbaren Titels besteht, in beiden Fällen ist das Anfechtungsrecht gemäß §. 6 nicht ausgeschlossen. Würde z. B. der Kaufmann A seinem Geschäftsfreunde B am 1. Juli 1884 schenkungsweise 500 Mark versprechen, B die Schenkung annehmen und später, da A sein Versprechen nicht erfüllt, denselben verklagen und ein rechtskräftiges Urtheil erwirken, so könnte der unbefriedigte Gläubiger C, vorausgesetzt, daß sein Anfechtungsanspruch bis längstens 30. Juni 1885 rechtshängig geworden ist, diese Schenkung gemäß §. 3 Nr. 3 anfechten, trotzdem daß durch das Urtheil ein neuer Vollstreckungstitel nachträglich erlangt worden ist; es würde aber auch dessen Anfechtungsrecht nicht wegfallen, wenn dieser Schenkungsvertrag notariell beurkundet worden wäre und in dieser Urkunde der Schuldner A sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hätte, die anzufechtende Rechtshandlung also in der Errichtung dieses vollstreckbaren Titels bestehen würde[4]). Es ist ferner einerlei, ob in obigem Fall B nur ein Versäumnißurtheil erwirkt hat wegen absichtlicher Unthätigkeit des A oder ob er gegen den sich vertheidigenden A in Folge stärkeren Rechtes ein siegreiches Erkenntniß erstritten hat, denn es kommt nicht darauf an, ob der Vollstreckungstitel wider Willen des Schuldners erlangt worden ist oder ob dieser zur Erlangung desselben durch Handlungen oder Unterlassungen mitgewirkt hat. (Vergl. lit. d.)

III. Gesetzt den Fall, es ist für eine an sich nicht anfechtbare Rechtshandlung später ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt worden, ein unbefriedigter Gläubiger glaubt, es sei gerade die Erlangung des Vollstreckungstitels nach den Voraussetzungen des §. 3 eine anfechtbare Handlung[5]), so kann er vom Anfechtungsrecht Gebrauch machen, und es ist

---

4) Einer besonderen Anfechtung des vollstreckbaren Titels bedarf es nicht, sondern das die Grundlage bildende Rechtsgeschäft ist anzufechten.

5) Wer nur ein Recht auf „Sicherung" erworben hat, kann natürlich nicht „Befriedigung" verlangen, aber auch das Recht auf Befriedigung enthält nicht an und für sich auch das Recht auf Sicherung (Erk. des RG. vom 17. März 1882 — Entscheid. Bd. VII S. 37), denn die Sicherung kann blos scheinbar ein minus sein und durch dieselbe schließlich eine bevorzugte Befriedigung erzielt werden, diesem tritt die Bestimmung des §. 6 entgegen.

gleichgiltig, ob der Vollstreckungstitel erlangt worden ist durch freiwillige Thätigkeit der Parteien oder durch einen Ausspruch des Gerichtes.

A. Ist der vollstreckbare Schuldtitel erlangt worden durch freiwillige Thätigkeit der Parteien, so ist eine solche Thätigkeit zu rechnen unter die Rechtshandlungen, ist also unter denselben Voraussetzungen anfechtbar wie die übrigen Rechtshandlungen des §. 3; z. B. der Bauer X verkauft am 1. September 1884 die Erträgnisse seines Obstgartens an den Händler Y um den angemessenen Schätzungspreis von 200 Mark und nachdem Y den Kaufpreis bis 1. Oktober 1884 nicht bezahlt hatte, geht er mit diesem zu dem Notar Z und läßt eine Urkunde errichten, inhaltlich deren sich Y, falls er bis 1. November 1884 nicht gezahlt haben sollte, der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Würde nun ein anderer Gläubiger des Y sich durch die Errichtung dieser vollstreckbaren Urkunde für benachtheiligt halten, so könnte er, ohne Rücksicht auf das ursprüngliche Kaufgeschäft, diese freiwillige Thätigkeit seines Schuldners Y anfechten[6]). Oder: der Lohnkutscher A verkauft ein Pferd an den Pferdehändler B um 800 Mark, B glaubt Fehler an dem Pferde entdeckt zu haben, verweigert die Zahlung von 800 Mark und es kommt zum Prozeß, die Parteien schließen aber vor Gericht einen Vergleich, wonach B dem A nur 500 Mark zu zahlen braucht. C, ein unbefriedigter Gläubiger des A, ist der Meinung, daß der Fehler des Pferdes so gering gewesen sei, daß er den Werth des Thieres nicht um 300 Mark gemindert hätte. Unbestreitbar kann der Gläubiger C, falls die übrigen Voraussetzungen bezüglich der Zeit und der fraudulosen Absicht vorhanden sind, ganz abgesehen von dem ursprünglichen Kaufgeschäfte, den Vergleich, durch welchen er sich benachtheiligt glaubt, anfechten, denn nur dadurch, daß der durch Vergleich erlangte Vollstreckungstitel des B durch Anfechtung beseitigt wird, wird das Anfechtungsrecht des C überhaupt verwerthbar, und die Anfechtung des ursprünglichen Kaufgeschäftes wäre dem Interesse des C ganz entgegen, der nicht durch den Verkauf des Pferdes, sondern durch die vergleichsmäßige Verminderung des Kaufpreises benachtheiligt ist.

B. Ist durch einen Ausspruch des Gerichtes ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt worden, so ist zu erwägen, daß die Grundlage des gerichtlichen Ausspruches doch immer ein thatsächliches Handeln einer oder beider Parteien bildet. Eben dieses Handeln, durch welches die prozessuale Entscheidung herbeigeführt worden ist, nicht der aus dem Thatbestande

---

6) Vgl. Erk. d. RG. vom 8. Juni 1883 (Entscheid. Bd. IX S. 100), welches die ohne Gegenleistung einem Gläubiger bewilligte vollstreckbare Urkunde über die ihm zustehende Forderung für anfechtbar erklärt.

vom Richter gezogene rechtliche Schluß, unterliegt der Anfechtung wie jede andere Rechtshandlung, wenn der gerichtliche Ausspruch zu einer Zeit und unter Voraussetzungen bewirkt worden ist, welche eine Anfechtung begründen. Unbestreitbar ist auch der Prozeß ein Rechtsgeschäft, wodurch Vermögensrechte begründet, verändert und aufgehoben werden können. Für die Anfechtung ist es indessen einerlei, ob das Handeln der Parteien im Prozeß ein positives Thun ist, ob z. B. der Schuldner vor Gericht ein fraudulofes Zugeständniß abgegeben und Anerkenntniß gemacht hat und auf Grund desselben ein Urtheil erlassen worden ist oder ob die gerichtliche Entscheidung herbeigeführt worden ist durch ein bloß negatives Verhalten z. B. durch das Nichterscheinen im Termine, durch Nichtableistung eines Eides, durch Nichtimpugnirung eines Arrestes, durch Nichtgebrauch des Widerspruches oder Einspruches im Mahnverfahren u. s. w. Ist der Schuldner in Folge solcher Handlungen oder Unterlassungen als Kläger oder Beklagter rechtskräftig verurtheilt worden, so ist dennoch durch die Bestimmungen des §. 6 der benachtheiligte Gläubiger gegen diesen Vollstreckungstitel geschützt, denn derselbe wird ihm gegenüber einfach ignorirt. Es wird nicht etwa die gerichtliche Entscheidung, das Urtheil, als auf einem fraudulosen Verhalten des Schuldners oder seines Prozeßgegners beruhend, mittelst eines außerordentlichen Rechtsmittels angefochten[7]), sondern die vorhergehende Rechtshandlung begründet die Anfechtung und kann von den Berechtigten angefochten werden, trotzdem daß später ein Rechtstitel erlangt worden ist, gerade so, als ob dieser Titel nicht erlangt worden wäre. Es wird also die durch die res judicata eintretende Novation des ursprünglichen Rechtsverhältnisses dem Anfechtungsrecht des dritten Gläubigers gegenüber als nicht vorhanden erachtet und nur diejenige Rechtshandlung kommt in Betracht, die den Gegenstand des Urtheiles bildet. Soweit diese von den Parteien gegebene thatsächliche Grundlage erschüttert werden kann, müssen die richterlichen Entscheidungen der Anfechtung unterliegen. Zwischen den Prozeßparteien bleibt natürlich das Urtheil in voller Kraft bestehen; indeß ohne den Schutz gemäß der Bestimmungen in §. 6 müßte jeder Dritte den Vollstreckungstitel gegen sich gelten lassen, obgleich der Satz aufgestellt ist, daß das Urtheil nur die Prozeßparteien binde, denn durch den Vollzug der Vollstreckung, welchen der Dritte nicht hindern kann, wird Letzterer

---

7) Das Paulianische Rechtsmittel des Gemeinen Rechts kann in der Form der restitutio in integrum allerdings in Vollzug treten, auch hatte die Pr. KO. in dem §. 103 Ziff. 2 die gegen den Gemeinschuldner ergangenen Entscheidungen und Mandate selbst als anfechtbar erklärt.

benachtheiligt, in diesem Moment aber tritt der durch gegenwärtiges Gesetz gewährte Rechtsschutz hilfreich ein, indem das Urtheil als wirkungslos erklärt werden kann, soweit das Anfechtungsrecht eines dritten Gläubigers entgegensteht[8]).

IV. Es darf übrigens der Ausdruck des Gesetzes nicht ganz wörtlich genommen werden, es ist nicht nur nicht ausgeschlossen die Anfechtung einer Rechtshandlung, für welche ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt worden ist, sondern die Anfechtung kann auch eintreten bei einer Rechtshandlung des Schuldners, in Folge deren ein Vollstreckungstitel erlangt worden ist. Z. B. X verklagt den Y auf Rückgabe eines Darlehens, Y leugnet den Empfang desselben, X sollte nun die Hingabe des Darlehens beweisen, er unterläßt aber diesen Beweis — den er nach der Ansicht seines dritten Gläubigers Z leicht hätte führen können — in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seinen Gläubiger zu benachtheiligen, und in Folge dessen erwirkt Y ein den X mit seiner Klage abweisendes Urtheil; wörtlich genommen würde der §. 6 den Gläubiger Z nicht schützen, denn das ursprüngliche Darlehensgeschäft soll und will nicht angefochten werden, sondern die Unterlassung der Beweisführung, in Folge dessen ein Zugeständniß angenommen wurde, ist die Rechtshandlung[9]), welche angefochten werden muß; man wird kaum sagen können, daß für diese durch das ergangene abweisende Urtheil ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt worden sei, dieser Titel ist höchstens für die angeblich nicht realisirte Darlehensforderung erlangt, trotzdem aber ist gewiß auch dieser Fall unter den §. 6 zu subsumiren und die Anfechtung der schädigenden Prozeßhandlung bezw. Unterlassung dadurch nicht ausgeschlossen, daß bereits ein rechtskräftiges Urtheil erlassen worden ist.

c. (oder daß dieselbe durch Zwangsvollstreckung — erwirkt ist).

Das Wort „dieselbe" bezieht sich auf Rechtshandlung und nach §. 1 des gegenwärtigen Gesetzes ist stets nur von Rechtshandlungen des Schuldners die Rede. Wie kann nun eine solche durch eine Zwangs-

---

8) Durch die Bestimmung des §. 6 (und zwar als eines singulären und contra rationem juris aufgestellten Rechtssatzes) ist in Bezug auf das Anfechtungsrecht das Urtheil als gar nicht vorhanden anzusehen, es muß also auch zugegeben werden, daß ein Anfechtungsberechtigter ein Rechtsgeschäft z. B. als Schenkung anfechten kann, wenn auch im Urtheil dieses Rechtsgeschäft als Kauf qualifizirt wurde, wenn nicht etwa die fraudulose Prozeßhandlung des Schuldners als anfechtbar erscheint. So auch Otto S. 87.

9) Inwieweit auch eine „Unterlassung" Rechtshandlung sein kann, s. Erläut. auf S. 129.

vollstreckung erwirkt werden? An sich allerdings nach Maßgabe der §. 774 der CivPO., allein der §. 6 beschränkt sich nicht auf diese, sondern er begreift in sich jede Entziehung von Befriedigungsobjekten für den Anfechtungskläger in Folge einer Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu Gunsten eines Dritten. Eine solche durch obrigkeitliche Gewalt erzwungene Vermögensänderung ist aber begrifflich kaum als eine „Rechtshandlung des Schuldners" zu bezeichnen[10]). Sonach beruht die Gleichstellung auf positivem Rechte[11]). „Dem Gesetze liegt hiebei — wie ein reichsgerichtliches Erkenntniß sagt[12]) — die Auffassung zu Grunde, daß auch Rechtshandlungen dieser Art auf den Gemeinschuldner zurückzuführen, daß die im Zwangswege durch den Gerichtsvollzieher oder das Gericht bewirkten Leistungen aus dem Vermögen des Schuldners als in dessen Stellvertretung bewirkt anzusehen sind[13]), in dem Sinne, wie zufolge der §§. 716 und 720 der CivPO. die Wegnahme gepfändeten Geldes, der Empfang des Erlöses aus den Pfandobjekten durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seiten des Schuldners gilt. Das Gesetz erachtet es prinzipiell nicht gerechtfertigt, daß Rechtshandlungen, welche der Anfechtung unterliegen, wenn sie freiwillig vom Schuldner vorgenommen sind, um deswillen, weil sie durch gerichtliche Hülfe erzwungen wurden, zum Nachtheile des Gläubigers der Anfechtung entzogen sein sollen".

Demnach ist der Gläubiger, sofern die übrigen Voraussetzungen der Anfechtung gegeben sind, befugt, bewegliche Gegenstände, welche dem Schuldner durch seinen Prozeßgegner im Wege der gerichtlichen Pfändung weggenommen wurden, herauszuverlangen oder Aktivforderungen des Schuldners, welche von Jenem zu seiner Sicherung mit Beschlag oder Arrest belegt worden sind, für sich zu beanspruchen[14]). Immer aber richtet

---

10) Deshalb hatte auch das Berliner Obertribunal die Anfechtbarkeit in diesen Fällen konstant ausgeschlossen. Vgl. Bd. 38 S. 407, 427, Bd. 51 S. 416; Striethorst Bd. 28 S. 197, Bd. 49 S. 293.

11) Vgl. die ausführlichen Darlegungen des Erk. des RG. vom 2. Juni 1880 (Entsch. Bd. II S. 376 ff.).

12) Erk. v. 7. Dezember 1880 (Entscheid. Bd. III S. 395).

13) Ebenso die Motive zur KO.

14) Gesetzt folgenden Fall: A hat gegen seinen Schuldner B eine unanfechtbare Forderung erworben, für diesen Anspruch ein rechtskräftiges Urtheil erwirkt und im Wege der Zwangsvollstreckung hat A auf einem Grundstücke des B in Folge eines dem B nach §. 774 der CPO. ertheilten Befehles Hypothek bestellt erhalten. Vorausgesetzt, daß gerade die Erlangung der hypothekarischen Sicherung das fraudulöse Rechtsgeschäft bildet, wird auch in diesem Fall eine Anfechtung von Seite eines Dritten nicht ausgeschlossen sein. So auch Otto S. 89.

sich auch hier die Anfechtung nicht gegen die rechtmäßig vorgenommene Pfändungshandlung der gerichtlichen Organe, sondern gegen das vom Dritten erworbene und der Anfechtbarkeit unterworfene Pfandrecht selbst.

d. (durch Vollziehung eines Arrestes).

Der Vollzug des Arrestes bewirkt nach §. 709 der CivPO. das Pfandrecht zu Gunsten des Arrestklägers. Es kann nun der Anspruch, für welchen der Arrest erwirkt wurde, anfechtbar sein, dann wird das durch Arrest geschlossene Pfandrecht als accessorium gleich dem principale der Anfechtung unterliegen müssen. Es kann aber der Anspruch an sich vollkommen fehlerfrei, der Arrest aber nur durch Kollusion mit dem Schuldner oder entgegen der Vorschrift des §. 3 Nr. 4 erwirkt worden sein. Auch in diesem Falle findet der §. 6 Anwendung; es ist aber ersichtlich, daß der Beweis in beiden Fällen auf ganz verschiedene Momente gerichtet werden muß. Im letzteren Falle kommt es bezüglich der Fristberechnung natürlich nur auf die Zeit der Kollusion an.

---

§. 7.

Der Gläubiger[a]) kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist[b]), beanspruchen, daß dasjenige, was[c]) durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist[d]), als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde[e]).

Der gutgläubige Empfänger[f]) einer unentgetlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist[g]).

Dieser Paragraph entspricht dem §. 30 der KO., normirt aber der Natur der Sache gemäß die Folgen der Anfechtung enger, als dort geschehen ist. Die Motive bemerken, „daß sich das Gesetz in der Feststellung der aus dem Anfechtungsrechte sich ergebenden Folgen eng an die Vorschriften der KO. anschließe und hier wie dort die Verpflichtung des Empfängers in der Rückgewähr des anfechtbar Empfangenen zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger bestehe. Außerhalb des Konkursverfahrens aber unterliege das Anfechtungsrecht einer allgemeinen Beschränkung nach Umfang und Ziel desselben. Gegenüber allen Gläubigern bewirke im Konkurse die Anfechtung regelmäßig die vollständige Rückgewährung des Empfangenen und die Rückgewähr zu dem, die Konkursmasse bildenden

Vermögen des Gemeinschuldners selbst, die Verwendung des Zurückzugewährenden zur Befriedigung der Konkursgläubiger sei ein Theil des Konkursverfahrens. Gegenüber dem einzelnen Gläubiger außerhalb des Konkursverfahrens dagegen sei der Umfang des Anfechtungsrechtes und folgeweise die Rückgewähr durch die zur Exekution stehende Forderung beschränkt und die Erfüllung des Zweckes, für sie die Zwangsvollstreckung in das Zurückzugewährende zu eröffnen, sei Bestandtheil der Rückgewährungspflicht. Nicht zum Vermögen des Schuldners erfolge die Rückgewähr, noch habe der Gläubiger einen Anspruch auf die zurückzugewährende Sache selbst, in dem Sinne, daß sie ihm geleistet werde und in sein Vermögen übergehe. Sein Anspruch gegen den Anfechtungsbeklagten (als Empfänger der Sache) gehe vielmehr nur auf Befriedigung aus der Sache, so als ob diese noch zum Vermögen des Schuldners gehöre. In derselben Weise wie der Gläubiger, wenn die Sache im Vermögen des Schuldners geblieben wäre, gegen diesen sich aus derselben würde Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung verschaffen können, ebenso habe der Empfänger die Zwangsvollstreckung in der Sache zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers über sich ergehen zu lassen."

Es scheint mir daher nicht richtig, zu behaupten, als Rechtsfolge der Anfechtung außerhalb des Konkurses trete auf Seite des Vertragsgenossen des Schuldners die Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes vor der Vermögensminderung ein[1]). Vielmehr bleibt der geschaffene Zustand vollkommen bestehen; nur hat der Gläubiger das Recht, denselben nicht anzuerkennen; seinem Anspruche gegenüber muß das beim Dritten befindliche Vermögensobjekt ebenso als Befriedigungsobjekt dienen, wie wenn es noch beim Schuldner wäre[2]). Weiter aber wird Nichts verändert, die Anfechtung vernichtet ja nicht die angefochtene Rechtshandlung, sie macht sie nicht ungeschehen, sie entzieht ihr nur dem Gläubiger gegenüber die Wirksamkeit und nur soweit dies zu seiner Befriedigung nöthig ist.

In manchen Fällen wird daher eine „Rückgewähr" eigentlich gar nicht erforderlich sein. Wenn die Vermögensverringerung, gegen welche

1) Vgl. Hartmann S. 77. 1. Richtiger sagt Cosack S. 266: die Herstellung eines Zustandes, welcher die Zwangsvollstreckung des Gläubigers in derselben Weise ermöglicht, wie sie durch den anfechtbaren Rechtsakt unmöglich gemacht worden ist.

2) Es läßt sich also der Gedanke des Gesetzes nach Analogie des Anspruchs des dinglich Berechtigten an die in den Händen des Dritten befindliche Sache konstruiren.

die Anfechtung durchgreift, noch in den Grenzen obligatorischer Beziehung zu dem Gegner geblieben ist, so bewendet es bei der Wirkungslosigkeit der Handlung; die anfechtbar erklärte Verpflichtung, Anerkennung, Verpfändung, Verbürgung, Entlassung, Quittung u. s. w. wird für den Gläubiger als nicht verbindlich ohne Beachtung gelassen und die Zwangsvollstreckung geht ihren Gang, gleich als ob die ihr im Wege stehenden Handlungen des Schuldners nicht vorgekommen wären[3]).

a. (der Gläubiger).

Mehrere Gläubiger können das Anfechtungsrecht unabhängig von einander geltend machen. Nachdem jedoch der Inhalt dieses Rechtes für sämmtliche Gläubiger derselbe ist, kann der Empfänger nicht zu einer nochmaligen Erfüllung angehalten werden, wenn und soweit er die Rückgewähr bereits gegenüber dem einen Gläubiger geleistet hat. Später kommende Gläubiger müssen daher die vom Anfechtungsbeklagten geschehene Leistung anerkennen und können nur das noch etwa Uebriggebliebene in Anspruch nehmen.

Wird die Anfechtung gleichzeitig von mehreren Gläubigern verfolgt, so begründet die Priorität der Klagerhebung an sich kein Vorzugsrecht. Ebensowenig hat die Verurtheilung des Empfängers diese Wirkung. Auch durch sie entsteht kein dingliches Recht des Gläubigers an dem zurückzugewährenden Gegenstande, vielmehr nur das Recht, denselben zu seiner Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zu verwenden. Auch zu einander stehen die einzelnen anfechtenden Gläubiger in demselben Verhältnisse, in welchem sie sich befinden würden, wenn sie ihre Befriedigung aus den betreffenden Vermögensstücken bei dem Schuldner zu suchen hätten. Wie hier lediglich die frühere Pfändung zum Vortheile des einen oder des andern Gläubigers entscheiden würde, ebenso kann auch im Falle der Anfechtung ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus der zurückzugewährenden Sache für den anfechtenden Gläubiger nur dadurch begründet werden, daß er die Sache im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes gegen den Empfänger pfänden läßt.

b. (soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist).

I. Stellt der Anfechtungsbeklagte die Sache in der Weise zu Verfügung, daß die Zwangsvollstreckung in dieselbe erfolgen kann, so ist damit seine Verpflichtung erfüllt; er hat insbesondere weder für den An-

---

3) Dies wird freilich für den Konkurs mehr zur praktischen Anwendung kommen, als bei der Anfechtung außerhalb desselben. Aber derselbe Grundsatz gilt auch für diese.

spruch des Gläubigers, noch für die Kosten der Zwangsvollstreckung mit seinem eigenen Vermögen aufzukommen. Mit diesem haftet er aber auch nicht, wenn er den erhobenen Anfechtungsanspruch ablehnt und im Prozeßwege derselbe durchgesetzt wird; in diesem Falle aber muß er die Kosten dieses Prozesses zahlen.

II. Unter allen Umständen aber reicht das Recht des Anfechtungsklägers, Rückgewähr zu begehren, nicht weiter, als sein eigner Befriedigungsanspruch gegen den Schuldner reicht. Hat also z. B. der Schuldner seiner Ehefrau fünf Kreditaktien zum Namenstage geschenkt, so kann der Gläubiger, welcher einen auf 600 Mk. lautenden Wechsel zur Zwangsvollstreckung gebracht hat, nicht die Rückgewähr aller fünf Aktien, sondern nur von so vielen derselben verlangen, als nöthig ist, um die Wechselsumme nebst Zinsen, Provision und Kosten zu decken.

Diese letzteren Nebenforderungen gehören natürlich dazu; solange nur die Hauptsache gezahlt wird, ist ja der Gläubiger nicht befriedigt. Allerdings wird diese Nebensache, im Falle der Anfechtungsbeklagte den Anspruch nicht sofort anerkennt, durch eine nicht vom Schuldner selbst, sondern von einem Dritten vorgenommene Handlung vergrößert[4]), allein der Schuldner bleibt, da er diese Verzögerung indirekt wenigstens veranlaßt hat[5]), verantwortlich.

c. (dasjenige, was).

Indem sich das Gesetz nicht des Ausdruckes „Gegenstand", „Objekt" oder dergleichen, sondern der ganz allgemeinen Worte „dasjenige, was" bedient, hat es den wichtigen Satz zur Anerkennung gebracht, daß der Anfechtungsgegner nicht blos dann haftet, wenn er den konkreten aus dem Vermögen des Schuldners weggekommenen Gegenstand noch in Händen hat[6]), sondern daß die Anfechtung sich auf die Vermögensminderung als solche erstreckt[7]). Es wird dies in den Motiven zur

---

4) Der Schuldner könnte sagen: „dafür, daß C die von mir geschenkten Kreditaktien dem A nicht sofort herausgab, kann ich Nichts; ich kann also nicht gehalten sein, 6% Verzugszinsen für die Dauer des Streites zwischen A und C zu entrichten."

5) Dadurch, daß er die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen hat.

6) Daneben haftet der Rechtsnachfolger, also derjenige, welcher die Sache vom ersten Anfechtungsgegner her in Händen hält, nach §. 11.

7) Dies war unter der Herrschaft des mit dem obigen Paragraphen gleichlautenden Preußischen Rechtes bestritten; jedoch vom ROHG. in den Erk. v. 6. Juni 1873 und 9. Juni 1874 (Entscheid. Bd. X S. 250 und Bd. XIII

KO.[8]) folgendermaßen begründet: „Der Gegner wird von der Rückgewähr nicht dadurch befreit, daß er sich des Besitzes der vom (Gemein)-Schuldner erworbenen Sache vor der Anfechtung entäußert hat. Er muß den Werth ersetzen. Ob der Anfechtungsberechtigte für den Fall, daß der Gegner vermöge obligatorischen oder dinglichen Rechts die Sache von dem jetzigen Besitzer zurückfordern könnte, anstatt des Werthes Abtretung der Klage gegen den Besitzer, und ob er, wenn der Erwerber die Sache veräußert hat, an Stelle des Werthes den von letzterem erhaltenen Kaufpreis zu verlangen berechtigt ist, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Rechte". Dieser letzteren Ansicht bin ich nicht. Ich glaube, die Pflicht zur Rückgewähr muß vor Allem nach dem Inhalte des gegenwärtigen allgemeinen Reichsgesetzes bemessen werden und man darf nicht auf die buntscheckigen partikularrechtlichen Gesetze greifen. Wenn der §. 7 sagt: „dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig vom Empfänger zurückgewährt werden", so ist — ohne daß auf ein sonstiges Recht zu greifen ist — ausgesprochen: es sei Pflicht des Anfechtungsbeklagten, das Vermögen des Schuldners wieder so herzustellen, wie es wäre, wenn die anfechtbare Handlung nicht vorgekommen wäre.

Daraus folgt:

A. Der Anfechtende hat die Befugniß, die Wiederherstellung dieses Zustandes durch Ausklagung des dritten Besitzers zu erzielen, aber keine Verpflichtung hiezu; er kann sich stets sofort und unmittelbar an den ersten Empfänger halten, dieser hat keine Einrede auf vorherige Ausklagung des Dritten[9]).

B. Ist das Anfechtungsobjekt vom ersten Empfänger unentgeltlich weiter veräußert, so ist (vorbehaltlich der Ausnahme des §. 7 Abs. 2) der volle Werth zu ersetzen. Bei einer entgeltlichen Veräußerung oder Weggabe aber repräsentirt jedenfalls das Entgelt den Werth der Sache. So viel als der Veräußerer erhalten hat, wäre offenbar auch in das

---

S. 381, sowie vom RG. im Erk. vom 16. Dezember 1879 (Rassow und Küntzel, Beiträge Bd. 24 S. 1069) bereits im Sinne des jetzigen Gesetzes entschieden.

8) S. 146—148 zum II E. Die Motive zum Anfechtungsgesetz S. 21 bemerken: das hier Angeführte gelte auch für das Anfechtungsrecht außerhalb des Konkurses.

9) Selbst wenn der Dritte freiwillig leistet, befreit dies den ersten Empfänger nicht von der Verbindlichkeit, dasjenige dennoch zu ersetzen, um was etwa der Vermögensgegenstand minder werth ist u. s. w.

Vermögen des Schuldners ebensogut gekommen, wenn das Objekt aus diesem und nicht vom anfechtbaren Empfänger weiterbegeben worden wäre.[10]). Dieses Entgelt mindestens also hat der Anfechtungsgegner zurückzugewähren. Allein zu begnügen braucht sich der Anfechtungsberechtigte damit nicht. Er kann statt dessen den wirklichen Werth in Anspruch nehmen, soferne dieser höher ist als das Entgelt.

C. der Empfänger hat mit dem Anfechtungsobjekte auch alles, was dazu gehört, Früchte und Accessionen zurückzugewähren, und zwar alle Früchte, die consumti, percepti und percipiendi[11]). Man braucht, um diesen Satz für begründet zu erachten, nicht aus dem bösen Glauben des ersten Empfängers zu argumentiren[12]), sondern es folgt derselbe eben aus dem bereits mehrfach betonten Prinzipe des Gesetzes, daß das Vermögen des Schuldners als völlig intakt von der Veränderung durch die anfechtbare Rechtshandlung angesehen werden muß[13]). Ebendeshalb muß der Empfänger für Werthsminderungen, soferne sie nicht zufällige sind[14]), aufkommen, insbesondere hat er etwaige auf eine Sache gelegte Rechte (welche nicht nach §. 11 ohnehin revokabel sind) zu beseitigen oder dafür Ersatz zu leisten[15]).

D. Es erübrigt nun noch die Frage, welche Befugnisse stehen dem Anfechtungsgegner hinsichtlich der Verwendungen auf das Anfechtungsobjekt zu? Auch diese löst sich durch das obige Prinzip, wonach das Vermögen des Schuldners als intakt zu erachten ist, gleich als ob die anfechtbare Rechtshandlung nicht erfolgt wäre. Hieraus folgt, daß dieses

---

10) Man ist also keineswegs genöthigt, um zu diesem Satze zu gelangen, mit Meischeider S. 113 eine negotiorum gestio des Empfängers für den Gläubiger zu konstruiren, wogegen sich viel einwenden läßt.

11) In diesem Sinne spricht sich schon für das Gemeine Recht ein Erk. des OAG. zu Berlin vom 12. Mai 1871 (Seuffert Bd. 26 S. 158) aus.

12) Die Motive stützen sich jedoch auf die „Unredlichkeit" des Anfechtungsgegners. Vgl. auch Jäckel S. 150 und v. Wilmowski S. 162, dann die Erörterungen bei Cosack S. 253 ff. u. Korn S. 180 ff.

13) Was den Umfang der Restitutionspflicht bezüglich der Früchte betrifft, so stimmen mit mir überein: Hartmann S. 80, Jäckel S. 152, Otto S. 177, v. Sarwey S. 169 ff. Dagegen nimmt Cosack S. 291 die fructus percipiendi aus.

14) Wenn nicht etwa nachzuweisen ist, daß außerhalb seines Besitzes der Zufall nicht eingetreten wäre.

15) Vgl. die Erk. des Berliner Obertribunals vom 28. Februar 1846 in den Entscheid. Bd. 13 S. 126 und vom 1. März 1864 in Striethorst Bd. 52 S. 304.

Vermögen sich auf Kosten des Anfechtungsgegners nicht vermehren darf[16]), demnach diesem letzteren dasjenige zu vergüten ist, was den Werth des Objektes gesteigert hat[17]), andere Aufwendungen aber nicht.

d. (veräußert, weggegeben oder aufgegeben).

Das Gesetz führt eine dreifache Art der durch das anfechtbare Geschäft erfolgten Vermögensminderung auf: die „Veräußerung", also die Uebertragung des Eigenthums oder dinglichen Rechtes an einer körperlichen Sache, das „Weggeben", worunter Zessionen von Forderungen u. s. w., die „Aufgabe", worin auch die Entlassung eines Bürgen aus seiner Haftung, die Zurückstellung eines zur Sicherung einer Forderung von einem Dritten gegebenen Depots u. s. w. begriffen sind. Im letzteren Falle wird zwar in erster Linie nicht das Vermögen des Schuldners, sondern jenes des Dritten betroffen, allein das Gesetz hat deswegen, weil das Befriedigungsrecht des Gläubigers durch solche Handlungen gleichfalls beeinträchtigt wird, dieselben hieher gezogen.

e. (zurückgewährt werde).

Die „Zurückgewährung", von welcher hier das Gesetz spricht, ist nicht eine Uebereignung; der Anfechtungsgegner hat (wie Eingangs erwähnt) nur die Zwangsvollstreckung an dem vom Schuldner überkommenen Vermögensbestandtheile zu gestatten. Diese erfolgt dann nach den Bestimmungen über das Exekutionsverfahren. Es wird also in demselben der Dritte als Stellvertreter des Schuldners behandelt; frägt es sich um eine bewegliche körperliche Sache, so begibt sich der Gerichtsvollzieher zum Dritten und pfändet sie dort, handelt es sich um Immobiliarobjekte, so erfolgt die Beschlagnahme u. s. w. auf den Namen des Dritten[18]). Dies ist natürlich für den Letzteren unangenehm und besonders,

---

16) „Die Rescissionsklage darf nicht zur Bereicherung des Rescissionsklägers führen." Erk. des Obersten Gerichtshofes in München vom 5. Mai 1873 (Blätter für Rechtsanwendung Bd. 38 S. 183.)

17) Ich bin daher auch hier nicht der Ansicht, daß auf die Unterscheidungen der Partikularrechte über die impensae necessariae, voluptariae u. s. w. einzugehen ist. Denn es kommt ja nicht, wie beim Rückersatze des Eigenthums vom unredlichen Besitzer, die Erwägung in Betracht, daß der Eigenthümer nicht verpflichtet ist, sich unnöthige Veränderungen, wenn sie auch Verbesserungen sind, gefallen zu lassen. Hier handelt es sich nur um Exekution, und da das Befriedigungsrecht des Gläubigers durch einen verbesserten Exekutionsgegenstand erhöht ist, versteht sich der Ersatz hiefür aus Gründen der Billigkeit.

18) Z. B. A hat in anfechtbarer Weise seinem Schwiegervater B eine Villa

wenn es sich nur um Befriedigung zu einem bestimmten Theile des Werthes handeln kann, wird daher der Anfechtungsgegner es vorziehen, sich mit dem Gläubiger zu verständigen, ohne Zwangsvollstreckung den Gegenstand zu einem bestimmten Betrage ihm zu überlassen oder an einen Anderen aus freier Hand zu verkaufen. Zwar würde er sich dadurch rechtlich einem späteren Einwande des Schuldners oder anderer anfechtungsberechtigter Gläubiger aussetzen, daß der Betrag zu gering bemessen und also dem Gläubiger zu viel zurückgewährt worden sei; der Regel nach aber wird solcher Einwand thatsächlich ohne Bedeutung sein. Immer hat der Empfänger das Recht, statt den veräußerten Gegenstand selbst zurückzugewähren, den Gläubiger wegen seiner Forderung unmittelbar zu befriedigen; mehr als Befriedigung kann der Gläubiger nicht beanspruchen; soweit er ihn befriedigt, erfüllt der Empfänger seine Pflicht zur Rückgewähr. Endlich können für die Rückgewähr die Formen einer Zwangsvollstreckung unanwendbar sein, sofern die Vermögensverringerung, wie bereits oben bemerkt, noch in den Grenzen bloß obligatorischer Beziehung geblieben war, es sich zum Beispiel um den anfechtbaren Erlaß einer Forderung des Schuldners handelt; hier bewendet es in dem Verhältnisse des anfechtenden Gläubigers zum Drittschuldner bei der Wirkungslosigkeit des Erlasses u. s. w. (Motive.)

f. (der gutgläubige Empfänger).

Unter „bösem Glauben" wird auf Seite des Empfängers nicht etwa die Absicht, den Gläubiger zu benachtheiligen, verstanden; es genügt vielmehr, wenn der Empfänger die Kenntniß derjenigen Thatsachen besaß, welche die unentgeltliche Zuwendung zu einer anfechtbaren machen. Dies ist nun für die Anfechtung im Konkurse leichter zu konstruiren, als für jene außerhalb desselben. Denn hier entscheidet die „Rechtshängigkeit" des Anfechtungsanspruches, von welchem natürlich der Empfänger zur Zeit der unentgeltlichen Zuwendung naturgemäß, weil sie ja ein zukünftiges Ereigniß ist, nichts wissen konnte. Somit muß auf den allgemeinen Grundsatz aller Anfechtungen zurückgegangen werden, wonach es darauf ankömmt, ob die fragliche Handlung den Gläubiger in seinem

---

in Starnberg überlassen, die im Hypothekenbuche nun auf Letztern überschrieben und etwa 20,000 Mk. werth ist. C erwirkt wegen eines von A acceptirten Wechsels von 2000 Mk. nach durchgeführtem Anfechtungsstreite die Zwangsvollstreckung der Villa. Hier müßte also in der Zeitung „Versteigerung im Zwangswege der Villa des Hrn. v. B" ausgeschrieben werden.

Befriedigungsrechte schädigt. Sobald der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung wußte, wissen mußte oder bei vernünftiger Prüfung der Sachlage wissen konnte, daß der Geschenkgeber seine Freigebigkeit auf Kosten seiner Gläubiger macht, daß also, was er aus bloßer Bereicherung empfängt, denen entgeht, welche ein Recht darauf haben, Etwas von dem Geschenkgeber zu erhalten, darf er das Geschenk nicht annehmen und ist daher nicht mehr in gutem Glauben, wenn er es doch thut. Ich glaube, man kann in dieser Richtung nicht leicht zu weit gehen, und wenn entweder das Geschenk an sich oder für die Verhältnisse des Schenkers ein ganz ungewöhnliches ist oder ein vernünftiges Motiv zu dem konkreten Geschenk nicht vorliegt, wird — Gegenbeweis vorbehalten — der böse Glaube vom Richter mit Recht angenommen werden[19]. Denn wenn mir plötzlich de but en blanc ein mir in keiner Weise verpflichteter Verwandter 10,000 Mk. schenken würde, muß ich doch denken: „Ist der gute Mann übergeschnappt oder was steckt sonst dahinter?"

Nehmen wir an der alte Bankier Silbergeld schenkt der jungen Tänzerin Philline ein Bracelet mit Diamanten, wird man auch dann nicht sofort bösen Glauben bei Frl. Philline vermuthen, wenn Silbergeld bei einem demnächstigen Ultimo die Differenzen nicht zahlen kann. Aber wenn er, nachdem die Russen gekracht haben, seiner Tante hundert Stück Bayerischer Bankaktien zum siebenzigsten Geburtstage geschenkt hat, wird der Gläubiger, dessen Forderung einige Wochen später die Zwangsvollstreckung bei Hrn. Silbergeld resultatlos bleibt, nicht wohl die Annahme des reichen Geschenkes durch die alte Tante als bona fide erfolgt ansehen[20]. Die Frage nach der Beweislast ist nach den gegenwärtig geltenden Bestimmungen weniger wichtig, da sich die richterliche Ueberzeugung aus den Thatumständen bilden wird. Allerdings aber spricht im Allgemeinen auch in diesen Fällen die Vermuthung für den guten Glauben[21].

Es genügt übrigens nicht, daß der Empfänger anfänglich, beim Empfange, in gutem Glauben gewesen ist, er muß fortdauernd bis zum Moment, in welchem die Rückgewähr des Objektes selbst unmöglich wurde, in gutem Glauben geblieben sein. Es folgt dies aus der Natur der

---

19) Andrer Ansicht Hartmann S. 84.

20) Kranichfeld S. 43 stimmt vollständig, Hartmann S. 71 nahezu mit mir überein.

21) Motive S. 148. „Es ist nicht gesagt, daß der Entwurf den bösen Glauben eines Beschenkten vermuthen und Letzterem den Beweis seiner Redlichkeit aufbinden wollte."

Sache[22]). Und zwar kommt es nicht darauf an, ob er durch eine eigene Handlung[23]) oder durch ein ihm fremdes Ereigniß den Besitz des Anfechtungsobjektes verloren hat; war er zu dieser Zeit in bösem Glauben, so haftet er für den vollen Werth. Tritt freilich sein Wissen vor der Beeinträchtigung des Befriedigungsrechtes des Gläubigers durch die ihm vom Schuldner gemachte unentgeltliche Zuwendung erst ein, nachdem er bereits außer Besitz und damit außer Stand ist, die Rückgewähr in Natur zu bethätigen[24]), so trifft ihn keine Pflicht zum vollen Werthersatz, sondern es bleibt bei der Herausgabe der Bereicherung.

Jedenfalls endigt der gute Glaube mit Zustellung der Anfechtungsklage, mit Erhebung der Einrede der Anfechtbarkeit des vom Empfänger erhobenen Anspruches und von der Zustellung eines nach §. 4 die Anfechtung androhenden Schriftsatzes an[25]).

g. (bereichert ist).

Der Ausdruck „soweit er bereichert ist", entspricht dem gemeinrechtlichen: in quantum locupletior factus est und gibt zu keinerlei Schwierigkeiten in der Auslegung Anlaß. Soferne dasjenige, was der gutgläubige Empfänger durch die anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat, sich noch in seinen Händen befindet, hat er es zurückzugewähren, so wie er es hat[26]), ohne also für Verschlechterung oder Verminderung zu haften. Ist es nicht mehr in seinen Händen, so haftet er nicht für den Werth, sondern er gewährt zurück, was er an Stelle des Anfechtungsobjektes etwa in seinem Vermögen hat[27]). Nicht also, was er dafür erhalten hat; denn wenn das von ihm dafür Erhaltene nicht mehr da ist[28]), erscheint

---

22) Bei den Verhandlungen der Konkurskommission wurde die Frage vom Abgeordneten Hullmann angeregt und in obigem Sinne beantwortet. Der Regierungsvertreter stimmte bei, bemerkte jedoch, daß das im ersten Entwurfe (Gemeinschuldordnung) gestandene Wort „noch" gestrichen und in den Motiven (zu E. II S. 148) auf das bürgerliche Recht verwiesen sei.

23) Wie Abg. Hullmann argumentirte.

24) Ob dieses durch sein „Verschulden" erfolgt oder nicht, kann hiebei nicht in Betracht kommen. Denn solange er in gutem Glauben besitzt, kann er mit der Sache machen, was er will. Wenn er also auch den Verlust durch Fahrlässigkeit verschuldet, kann ihm dies nicht zugerechnet werden.

25) Jäckel S. 164.

26) Vorbehaltlich der von ihm etwa wegen Werthvermehrung begründeten Ansprüche.

27) Dahin gehört die Versicherungssumme für eine durch Zufall untergegangene Sache gleichfalls.

28) Auch hiebei kommt es nicht darauf an, wie das Surrogat verschwunden

er nicht als bereichert. Auch dann nicht, wenn er den für das Anfechtungsobjekt erhaltenen Werth für sich, jedoch so verwendet hat, daß sein Vermögen sich dadurch nicht vermehrte. Z. B. wenn er ihn verzehrt oder damit ein in Geld nicht wohl anzuschlagendes Gut dafür erworben hat[29]).

Die Frage, was er in Folge des verwendeten Werthes in seinem Vermögen habe, muß indessen etwas genau genommen werden. Wenn der gutgläubige Empfänger mit demselben Schulden zahlte, so ist er allerdings um den vollen Betrag seiner aufgehobenen Verbindlichkeiten reicher geworden. Desgleichen, wenn er nothwendige Ausgaben macht, denn er erspart dann eben dasjenige, was er ohne Verwendung des Geschenkes aus seinem Vermögen hätte entnehmen müssen. Ohnehin wird sich in solchen Fällen nicht wohl behaupten lassen, es sei gerade das für das Anfechtungsobjekt erlöste Geld ausgegeben worden. Will er also behaupten, das Geschenk sei als solches Veranlassung zur gemachten Ausgabe gewesen, so hat er dies durch Vorlegung genügender Umstände zu beweisen[30]).

---

§. 8.

Wegen Erstattung einer Gegenleistung oder im Fall einer anfechtbaren Leistung wegen seiner Forderung kann der Empfänger sich nur an den Schuldner halten.

I. Die Bestimmung des §. 8 unterscheidet sich äußerlich und scheinbar wesentlich von den korrespondirenden §§. 31 und 32 der KO. Denn

---

ist. Ob z. B. der für die vom Schuldner seiner Frau geschenkte Uhr eingetauschte Papagei vom Schlag gerührt wird oder ob er davon fliegt, weil die Frau das Fenster zu schließen vergißt, ist irrelevant. Sie hat eben keinen Vogel mehr.

29) Ich habe an einem andern Orte als Beispiel den Fall konstruirt, daß die Ehefrau des Schuldners den ihr zum Geburtstagsgeschenke gemachten Schmuck verkauft und mit dem Erlöse Gesangsunterricht honorirt, der sie fähig macht, ein gutbezahltes Engagement auf der Bühne anzunehmen. Obwohl effektiv die Frau als durch das anfechtbare Geschenk „bereichert“ angesehen werden könnte, insoferne sie dadurch eigentlich erst ihre „Monatsgage“ erlangt hat, ist doch eine „Bereicherung“ im Sinne des Gesetzes hier nicht vorhanden.

30) Wie dies z. B. in dem Falle der Note 29 glaublich wäre.

während in obigem Paragraphen der Anfechtungsbeklagte wegen seines Rückersatzes für das Herauszugebende einfach an seinen Schuldner verwiesen wird, heißt es in §. 31: „die Gegenleistung sei aus der Konkursmasse zu erstatten", und in §. 32: „daß die Forderung des Empfängers einer anfechtbaren Leistung nach der Rückgewähr wieder in Kraft trete." Im innern Grunde aber ist der Unterschied eigentlich nicht vorhanden, denn der Schuldner, an welchen §. 8 den Anfechtungsbeklagten verweist, ist ja im Falle des Konkurses gleichsam in der Masse aufgegangen; diese letztere ist an die Stelle des ersteren getreten und somit wird in beiden Fällen der Anfechtungsbeklagte an dieselbe Ersatzquelle verwiesen.

Die Motive begründen dies wie folgt:

„Für die Anfechtung außerhalb des Konkurses kann die Erstattungspflicht dem anfechtenden Gläubiger nicht wohl auferlegt werden. Er hat die Gegenleistung nicht und ist durch die Gegenleistung, welche etwa noch im Vermögen des Schuldners sich befindet, nicht bereichert. Er ist thatsächlich nicht in der Lage, über das Vermögen des Schuldners zu verfügen[1]) und rechtlich auf Grund des für ihn unwirksamen Geschäfts nicht verpflichtet, die Gegenleistung des Anfechtungsgegners diesem zu beschaffen. Zudem hat der letztere, wenn die Anfechtung von Erfolg ist, erwiesenermaßen unredlich gehandelt oder doch die gesetzliche Vermuthung der Unredlichkeit nicht widerlegen können."

II. Das Gesetz sagt: „er kann sich nur an den Schuldner halten;" also er kann sich jedenfalls an Niemand Andern halten, als den Schuldner. Daß er sich aber immer an diesen halten könne, sagt das Gesetz nicht; dies ist nach den Umständen zu bemessen und entscheidet sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht. Das Gesetz unterscheidet hiebei zwei Fälle, nämlich: „die Erstattung der Gegenleistung" und „die Forderung für eine Leistung". Im ersteren Falle, in welchem ein zweiseitiges Geschäft Gegenstand der Anfechtung ist, wird also angenommen, das derjenige, welcher den vom Schuldner empfangenen Vermögensgegenstand zurückzugewähren hat, seinerseits dem Schuldner eine Gegenleistung gemacht hatte, so daß dieser sie nunmehr ohne Rechtsgrund besitzt. Daß er sich hier nur an den Schuldner halten kann, und zwar nur in soweit, als nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen diese Rückforderung (die condictio sine causa) zulässig erscheint, ist klar[2]).

---

1) Wie dies bei dem mit der Anfechtungsklage auftretenden Konkursverwalter der Fall ist.

2) Als condictio ob turpem causam kann diese Rückforderungsklage nicht

Dem zweiten Falle, in welchem es sich um die Erfüllung einer zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung schon bestehenden Forderung handelt, also um Erfüllung einer bereits vorhandenen Verbindlichkeit durch Leistung, Zahlung, untersteht die Voraussetzung, daß der Schuldner in anfechtbarer Weise erfüllt hat, daß er dem Anfechtungsbeklagten Etwas gegeben hatte, was diesem vom andern Gläubiger im Wege der Anfechtung wieder entzogen wurde. Hier lebt nothwendigerweise die ursprüngliche Forderung des Zurückgewährenden wieder auf; er ist also im Grunde ebensogut Gläubiger des Schuldners als der Anfechtungskläger, und wenn er einredeweise dem letztgenannten Gläubiger dies nicht entgegenhalten darf, sondern sich nur an seinen Schuldner halten kann, so scheint dies unbillig zu sein. Denn nachdem in solchem Falle zwei gleichzeitige Forderungen an den Schuldner vorliegen, so müßte man eigentlich zu dem Schlusse kommen, daß der Anfechtungsbeklagte für seine Ersatzforderung und der Anfechtungskläger für seinen Anspruch an den Schuldner in Konkurrenz treten und das Zurückzugewährende nun den beiden gemeinsam zu Theil werden müßte. Für einen Fall hatte dies der Entwurf (in §. 7 Abs. 2) auch angenommen. Es hieß hier:

> Im Falle einer anfechtbaren Leistung kann der Empfänger wegen seiner Forderung, insoweit als das Empfangene zurückzugewähren ist und nicht der übrige Theil desselben den Betrag der Forderung erreicht, sich an das Zurückzugewährende nach der zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rangordnung halten.

Dieser Absatz wurde indessen in der Reichstags-Kommission[3]) ver-

---

unter allen Umständen angesehen werden. Darin stimme ich Otto (S. 181) und Jäckel (S. 168 ff.) bei. Nur finde ich weder einen Widerspruch der KO. mit ihren Motiven, noch nehme ich an, daß durch §. 31 der KO. den Landesgesetzen derogirt sei. Vielmehr bleibt es dabei (wie ich S. 416 Bd. I meines Kommentars zur KO. sagte), daß, soweit wegen Unredlichkeit des Gebenden nach bürgerlichem Rechte der Entschädigungsanspruch ausgeschlossen erscheine, die Rückforderung nicht stattfinde. Allein, wie schon erörtert, die Anfechtbarkeit als solche setzt nicht jederzeit eine unerlaubte, strafbare Handlung, noch weniger eine „Schändlichkeit" oder „Unsittlichkeit" des Gegenkontrahenten voraus, und das was dieser letztere geleistet hat ist nicht der „Lohn" für Begehung eines Deliktes (Korn S. 194). Nur wo neben dem zur Anfechtung genügenden pflichtwidrigen Verhalten noch eine höhere selbständige „Unredlichkeit", eine wirklich unerlaubte Handlung vorliegt, muß die Rückforderung zessiren.

3) Stenograph. Ber. Bd. III S. 2269. Der Berichterstatter Dr. Wolffsohn motivirte den Abstrich folgendermassen:

„Die Vorlage hat eine gewisse Façon in Anspruch genommen für die-

worfen und zwar gewiß mit Recht; denn wie die Motive bemerken, würde sonst das Anfechtungsrecht so ziemlich seinen praktischen Werth verlieren[4]).

---

§. 9.

Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage[a]), so hat der Klagantrag[b]) bestimmt zu bezeichnen[c]), in welchem Umfange[d]) und in welcher Weise[e]) die Rückgewähr seitens des Empfängers bewirkt werden soll.

Die Motive bemerken, „je allgemeiner die Verpflichtung zur Rückgewähr und je mannigfacher die Art und Weise sei, in welcher nach der Verschiedenheit der Fälle diese Verpflichtung zu erfüllen komme, desto schärfer werde das Erforderniß zu beachten sein, welches die Civilprozeßordnung im § 230 Abs. 2 Nr. 2 zur Erhebung jeder Klage verlange, die Stellung eines bestimmten Klageantrags. Der Antrag dürfe nicht blos auf eine „Rückgewähr des Veräußerten, soweit es zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich sei", gerichtet werden; denn ein solcher Antrag würde keine geeignete Grundlage für eine exekutionsfähige Verurtheilung des Anfechtungsgegners gewähren."

---

jenigen Fälle, wo es sich nur um die Anfechtung einer Zahlung handelt. Die Kommission ist aber der Meinung gewesen, daß die beiden Fälle gleich behandelt werden sollen und zwar ausgehend von dem Gedanken, daß in Fällen, um die es sich in diesem Gesetze handelt, nur diejenige Leistung, welche wirklich in der Absicht begangen worden ist, den Gläubiger zu benachtheiligen, anfechtbar sein soll. Da also in beiden Fällen ein dolus, eine fraus gegen die Kreditoren vorhanden sein muß, so hat die Kommission keine Veranlassung eingesehen, zwischen der Behandlung der Gegenleistung und einer anfechtbaren Leistung oder Zahlung einen Unterschied zu machen und hat deshalb in beiden Fällen den Anfechtungsbeklagten von der Konkurrenz an dem Gegenstand der Anfechtung ausgeschlossen und lediglich an den Schuldner verwiesen."

4) Anderer Ansicht Cosack S. 271, welcher darin „eine unbegreifliche Härte" findet. Um dies zu begründen, konstruirt er folgendes Beispiel: der Schuldner verkauft seinem Sohne ein 100,000 Mk. werthes Objekt um 90,000 Mk. und dieser — weil er nicht beweisen kann, er habe das Mißverhältniß des Preises zum Werthe nicht gekannt — muß nun das Haus zurückgewähren, der Gläubiger macht sich daraus bezahlt und der Sohn erhält von dem zahlungsunfähigen Vater von seinen 90,000 Mk. Nichts.

a. (im Wege der Klage).

Soferne das Anfechtungsrecht durch eine gegen die Klage des Dritten gerichtete Einrede, insbesondere auch als Vertheidigung gegen den wider eine Zwangsvollstreckung erhobenen Einspruch geltend gemacht wird, findet der vorstehende Paragraph keine Anwendung, aber nur deshalb, weil hier die Bestimmtheit bereits durch den erhobenen Anspruch des Gegners gegeben ist[1]). Wohl aber wird für eine Widerklage dasselbe gelten, wie für die Klage selbst.

b. (der Klageantrag).

Während nach §. 231 der CivPrO. auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden kann, ist dies für das Anfechtungsrecht ausgeschlossen. Dieses vermag nicht mittelst einer allgemeinen Feststellungsklage verfolgt zu werden und zwar ist dies begrifflich unthunlich, weil nach §. 7 der Anfechtungsberechtigte die Rechtshandlung nur insoweit, als es zu seiner Befriedigung dient, revozirt. Sein Recht geht also nicht auf Unwirksamerklärung, sondern auf Herausgabe des für ihn zu seiner Befriedigung Nöthigen, und deshalb muß er genau bezeichnen, was er will und wie er es will. Die Bestimmung des Gesetzes geht also über die Bedeutung einer nur deklarativen Vorschrift insoferne hinaus, als es die Beschränkung der Anfechtungsklage auf das sogenannte judicium rescindens ausschließt, vielmehr die Verbindung desselben mit dem sogenannten judicium rescissorium verlangt[2]).

Das Gesetz sagt zwar schlechthin „der Klageantrag", indessen wird nicht zu bezweifeln sein, daß die allgemeinen Vorschriften über Nachholung

---

Allein ich glaube doch, daß wohl ein jeder Richter hier den Sohn als in gutem Glauben befindlich erachten und ihn lediglich für die Bereicherung von 10,000 Mk. haftbar erklären wird.

1) Hartmann S. 90 sieht den Grund der Ausnahme darin, daß die Anfechtungseinrede nur auf einen allgemeinen Ausspruch über die Rechtsunwirksamkeit und vor Allem lediglich auf Abweisung der Klage gerichtet sei. Ebenso Jäckel S. 172.

2) Die Motive bemerken: „die Zulassung solcher Präjudizialklagen würde leicht zu einer unnöthigen Vervielfältigung der Prozesse und zur Belästigung des Anfechtungsgegners mißbraucht werden, auch dem Grundsatze zuwiderlaufen, daß es für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, durch welche das Anfechtungsrecht des einzelnen Gläubigers bedingt ist, auf denjenigen Zeitpunkt ankommt, zu welchem die Befriedigung und zu dem Zweck die Wirkungen der Anfechtung geltend gemacht werden sollen".

des in der Klageschrift Versäumten auch hier zur Anwendung zu kommen haben[3]), und daß also die Bezeichnung dessen, was der Anfechtungskläger verlangt, noch solange und noch soweit nachträglich erfolgen kann, als überhaupt Verbesserungen eines Klagevorbringens zulässig erscheinen.

c. (bestimmt zu bezeichnen).

Diese bestimmte Bezeichnung, das Erforderniß eines bestimmten Klageantrages im Sinne des §. 230 der RCivPO. kann nicht durch eine bloße Wiederholung der in §. 7 gebrauchten Worte erfolgen, sondern es muß ganz konkret das, was der Beklagte geben, thun oder leisten soll, angegeben werden. Daß übrigens stets sofort das Gesammtresultat der Anfechtbarkeit auf einmal gezogen werden müsse, ist keineswegs nothwendig; der Anfechtungsberechtigte kann gegenüber dem anfechtbaren Verkaufe der möblirten Villa des Schuldners heute vom Käufer zur Befriedigung seiner Forderung von 1000 Mk. um 1000 Mk. Möbel in Anspruch nehmen und morgen wegen einer Forderung von 100,000 Mk. die Villa selbst[4]).

d. (in welchem Umfange).

Der Klageantrag soll bestimmt sein bezüglich des Umfanges der beanspruchten Rückgewähr. Dieser Umfang wird regelmäßig durch den Umfang des Anspruches, zu dessen Befriedigung der Gläubiger mittelst der Anfechtung gelangen will, begrenzt. Es muß also der Betrag der Forderung, soweit sie fällig und soweit er darauf einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, dann wenn letzterer sich darauf auch erstreckt, den Betrag der Zinsen und Kosten in der Klage angegeben werden; der Antrag kann aber nicht weiter gehen, denn weiter gestattet ja der §. 2 des Gesetzes überhaupt die Anfechtung nicht[5]).

e. (in welcher Weise).

Nach dem schon früher Vorgetragenen soll durch die Anfechtung die Sachlage hinsichtlich der Befriedigung des Gläubigers so gestaltet werden, als wäre die anfechtbare Handlung vom Schuldner nicht vorgenommen worden. Das Urtheil muß also genau feststellen, was der Anfechtungsbeklagte thun oder geschehen lassen muß, damit jenes Resultat erreicht werde, und ebendeshalb muß auch die Klage dies bestimmt vortragen.

Die Motive geben folgende Beispiele:

1) Ist vom Schuldner eine Sache anfechtbar veräußert oder ver-

---

3) Ebenso Cosack S. 225; v. Wilmowski S. 525.

4) Cosack S 225.

5) Wegen des Falles, daß der Anspruch des Anfechtungsklägers nicht in einer Geldforderung besteht, vgl. oben S. 140 ff.

pfändet worden und befindet sich dieselbe noch im Besitze des Mitkontrahenten des Schuldners, so wird der Klageantrag dahin zu stellen sein, daß der Empfänger verurtheilt werde, zur Befriedigung des Gläubigers wegen der in dem Antrage bezeichneten Summe die Zwangsvollstreckung geschehen zu lassen [6]); dagegen ist es nicht nöthig, den Antrag förmlich in Gemäßheit der §§. 746, 747 der Civilprozeßordnung zunächst auf Herausgabe der Sache an einen zu beauftragenden Gerichtsvollzieher oder zu bestellenden Sequester zu richten; denn es handelt sich nicht um die Zwangsvollstreckung in einen Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache; vielmehr wird es gegenüber dem Empfänger so angesehen, als besäße er die Sache für den Schuldner, nicht als Dritter [7]).

2) Ist die Sache vom Empfänger veräußert oder verschlechtert, so wird der Antrag auf Zahlung des Werths oder Schadens in Höhe der vom Gläubiger zu fordernden Summe zu lauten haben.

3) Desgleichen hat der Antrag auf Geldzahlung zu gehen, wenn der Schuldner eine anfechtbare Zahlung geleistet oder wenn er eine Forderung anfechtbar erlassen hatte [8]).

---

6) Ich bin indessen der Meinung, die primäre Bitte wird doch dahin gehen: Anfechtungsbeklagter sei schuldig, dem Anfechtungskläger den und den Betrag zu bezahlen oder u. s. w. Denn wenn der Anfechtungskläger für seinen Anspruch befriedigt wird, ist kein Anlaß zu einer Zwangsvollstreckung gegeben. Und wenn der Beklagte das Empfangene nicht mehr zurückgewähren kann, verwandelt sich seine Verpflichtung ohnehin in die Pflicht zur Geldzahlung. Vgl. das Erk. des RG. v. 20. Juni 1883 (Entsch. Bd. X S. 10).

7) Jäckel S. 180 bemerkt hiezu, man dürfe die vom §. 9 verlangte Spezialisirung auch nicht übertreiben. Der Gläubiger sei nur verpflichtet zu verlangen, daß der Anfechtungsbeklagte sich die Zwangsvollstreckung wegen der dem Gläubiger zustehenden Forderung in das anfechtbar erworbene Grundstück gefallen zu lassen habe; ob dies durch Subhastation, Zwangsverwaltung oder exekutionsweise Eintragung seiner Forderung geschehen solle, habe er nicht schon mit der Klage anzugeben. — Nimmt man (vgl. vorige Note) an, daß das Petitum immer primär auf Befriedigung des Anspruches als dasjenige, um was es sich eigentlich handelt, zu gehen habe, so ergibt sich obige Folgerung von selbst.

8) Man hat letzteres als unrichtig bezeichnet (z. B. Jäckel S. 181, Otto S. 243 und Wilmowski S. 526 Nr. 3). Otto schlägt als Klagantrag vor: „es habe Beklagter die Pfändung der anfechtbar erlassenen Forderung des Schuldners als einer dem Gläubiger gegenüber zu Recht bestehend gebliebenen bis zum Betrage des klägerischen Anspruches geschehen zu lassen." Allein dies wäre doch offenbar nur ein Umweg; denn wenn dann die Pfändung und Ueberweisung der Forderung des Schuldners auf

4) Geht aus einem Vertheilungsverfahren die Anfechtung einer Pfandbestellung oder eines Pfändungspfandrechts hervor, so wird in dem Antrage anzugeben sein, nach welchen Grundsätzen, abweichend von dem Theilungsplane, die Auszahlung der Masse oder ein anderweites Vertheilungsverfahren angeordnet werden solle [9]. Die auf Anfechtung einer Hypothek oder Grundschuld gerichtete Klage hat die Angabe zu enthalten, ob die Löschung oder Umschreibung oder welche Eintragung oder welche Vertheilung zu erfolgen habe.

5) Auch wenn es sich sonst um eine von dem Anfechtungsgegner herbeizuführende Eintragung oder Löschung, oder um die Abgabe einer förmlichen Erklärung oder eine ihm obliegende Beseitigung in der Zwischenzeit entstandener Rechte Dritter handelt, wird anzugeben sein, in welcher Weise die Beseitigung des bestehenden Zustandes geschehen solle.

---

§. 10.

Liegt ein nur vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel des Gläubigers oder ein unter Vorbehalt ergangenes Urtheil (Civilprozeßordnung §§. 502, 562) vor, so ist in dem den Anfechtungsanspruch für begründet erklärenden Urtheile die Vollstreckung desselben davon abhängig zu machen, daß die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird.

Hiezu bemerken die Motive, daß nachdem der §. 2 das Anfechtungsrecht des Gläubigers allgemein an die Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels knüpft, auch ein nur vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel genügen müsse zur Erhebung und zur Entscheidung des Anfechtungsanspruchs; die eine oder andere bis zur Rechtskraft des Schuldtitels auszusetzen,

---

den Gläubiger geschehen, müßte doch schließlich das Petitum des letzteren auf Geldzahlung durch den Anfechtungsbeklagten gehen. Weshalb also nicht sofort. Vgl. das Urtheil des RG. v. 20. April 1883 (Entsch. Bd. IX S. 73), welches die Verurtheilung des Anfechtungsbeklagten zur Zahlung als zulässig anerkennt.

9) Nach Erkenntnissen des Obertribunals zu Berlin vom Jahre 1841 (in den Entscheidungen Bd. 6 S. 399) und vom 12. Februar 1877 (in den Entscheidungen Bd. 79 S. 156), dann des ROHG. vom 21. September 1872 Bd. VII S. 163 kann die Anfechtung auch in solchem Falle außerhalb des Vertheilungsverfahrens mit selbständiger Klage angestrebt werden. (In allen diesen Fällen handelte es sich übrigens um irrthümliche Verfügungen des Richters.) Bestritten ist, ob für diese ein ausschließlicher Gerichtsstand bestehe; dafür ist Struckmann-Koch und v. Wilmowski-Levy, dagegen Endemann.

würde ohne zwingenden Grund den Erfolg der Anfechtung gefährden. Aber es bedürfe in diesem Falle einer besonderen Vorsorge, um zu verhüten, daß die Anfechtung dem Gegner des Gläubigers einen nicht wieder gut zu machenden Schaden bereite, und hiezu reichten die Kautelen der CivPO., welche die vorläufige Vollstreckbarkeit betreffen (§§. 651, 652, 658, 659, 716 Abs. 2, 720, 738) nicht aus, weil dieselben nur den Schutz des Schuldners bezweckten. Eine Erfüllung des Anfechtungsanspruches könne nicht eher beginnen, als bis die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner rechtskräftig feststehe; daran habe auch der Schuldner ein begründetes Interesse. Ob dies der Fall sei, habe der Richter zu prüfen, und deshalb müsse in Anlehnung an die §§. 664, 668, 671 Abs. 2 der CivPO. Vorsorge getroffen werden, daß die Vollstreckung des der Anfechtung stattgebenden Urtheils, sofern auch noch zur Zeit der Abfassung desselben ein nur vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel vorliege, in dem Tenor des Urtheils von der Rechtskraft der gegen den Schuldner ergangenen Entscheidung abhängig gemacht werde.

Sonach ergibt sich Folgendes:

I. An und für sich können Urtheile erst nach eingetretener Rechtskraft vollstreckt werden, denn so lange es noch nicht gewiß ist, daß der Verurtheilte erfüllen muß, kann er billigerweise nicht dazu gezwungen werden. Um indessen Frivolitäten vorzubeugen, hat das Gesetz in solchen Fällen, in denen eine gewisse Vermuthung dafür spricht, daß das einmal ergangene Urtheil auch in Kraft bleiben werde, die vorläufige Vollstreckung theils von Amtswegen, theils auf Antrag zugelassen (§§. 648, 649, 650, 496 der CivPO.). Diese vorläufige Vollstreckung soll nun nach dem vorstehenden §. 10 niemals an solchen Objekten vollzogen werden dürfen, welche erst im Wege der Anfechtung als Exekutionsobjekt erklärt werden [1]). Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist Vollstreckbarkeit, also muß sie den Gläubiger berechtigen, mittelst der Anfechtungsklage die seinem Befriedigungsanspruch unrechtmäßig entfremdeten Objekte zurückzuholen. Dies gestattet denn auch das Gesetz, aber es geht nicht weiter als bis zur Gestattung dieses Zurückholens; die Ver-

1) Diese Richtung des §. 10 wird gewöhnlich gar nicht hervorgehoben; sie ist aber sehr wichtig. Denn an und für sich müßte ja die vorläufige Vollstreckung an solchen Gegenständen ebensogut, wie an allem übrigen Vermögen des Schuldners stattfinden. Nicht daß auch ein vorläufiger Vollstreckungstitel zur Anfechtung genügt, sondern daß er nicht genügt zur — wenn auch nur vorläufigen — Exekution am Anfechtungsobjekte, scheint mir dasjenige, was in §. 10 contra rationem juris festgesetzt ist.

wendung zur Befriedigung wird der vorläufigen Vollstreckbarkeit nicht zugestanden, sie wird davon abhängig gemacht, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit in eine definitive umgewandelt ist.

Dasselbe findet statt, wenn wegen verspätet beigebrachter Vertheidigungsmittel (§. 502) oder wegen der Natur des Prozesses (§. 562) zwar ein Urtheil ergeht, aber dem Beklagten die nachträgliche Vertheidigung gegen dieses Urtheil vorbehalten bleibt. Auch hier gestattet das Gesetz zwar die Anfechtung der vom Schuldner vorgenommenen, zur Beeinträchtigung der Zwangsvollstreckung führenden Rechtshandlung, aber es läßt die Konsequenz der durchgeführten Anfechtung, die Zwangsvollstreckung in das Anfechtungsobjekt nicht früher ziehen, als bis das Urtheil vorbehaltlos geworden ist.

II. Durch die auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Schuldtitels oder auf Grund der Zwangsvollstreckung eines unter Vorbehalt ergangenen Urtheils siegreich durchgeführte Anfechtung wird demnach ein unfertiger Zustand geschaffen. Es wird erklärt, der Gläubiger hat das Recht, sich mittelst Exekution an die in den Händen der Dritten befindlichen, vom Schuldner herrührenden Vermögenstheile zu halten, aber es ist noch ungewiß, ob und wann er dieses Recht in Vollzug setzen darf. Dieser Schwebezustand kann dem Gläubiger und dem Schuldner einerlei sein, für den Anfechtungsgegner aber hat er offenbar Nachtheile und es ist deshalb die Frage aufzuwerfen, was ist zu thun:

A. wenn der Gläubiger oder der Schuldner die definitive Vereinigung des zwischen ihnen beiden sich abspielenden Rechtsstreites verzögern[2])?

B. wenn der Rechtsstreit dahin führt, daß der Gläubiger nachträglich unterliegt, also die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht in eine definitive umgewandelt wird, sondern wegfällt, und das unter Vorbehalt ergangene Urtheil nicht sich purifizirt, sondern zessirt[3])?

C. wenn, nachdem die definitive Vollstreckbarkeit erwirkt oder das Urtheil vorbehaltlos geworden war, nachträglich durch ein außerordentliches Rechtsmittel der Schuldner doch noch obsiegt?[4])

Zu A. Wenn man die Bedeutung der Intervention im neuen deutschen Civilprozesse richtig erfaßt[5]), so wird man keinen Zweifel hegen,

---

2) Kranichfeld S. 50.

3) Hartmann S. 90.

4) Cosack S. 227.

5) Vgl. die trefflichen Erörterungen von Dr. A. S. Schultze in seinen Grundlagen und auch in der Zeitschrift für Civilprozeß von Busch Bd. II S. 88 fg.

daß, ohngeachtet der Anfechtungsbeklagte in dem zwischen Gläubiger und Schuldner sich abspinnenden Rechtsstreite nicht als Prozeßpartei, als Prozeßsubjekt erscheint, er doch als Intervenient auftreten kann und dadurch in der Lage ist, die Entscheidung desselben herbeizuführen [6]).

Zu B. Es ist vorgeschlagen [7]), daß der Richter in geeigneten Fällen, um den oben erörterten Unzukömmlichkeiten vorzubeugen, die Entscheidung über den Anfechtungsanspruch nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmung des §. 139 der CivPO. aussetzen solle. Dies halte ich [8]) nicht für zulässig; denn dieses Verfahren würde gerade das Gegentheil dessen herbeiführen, was der §. 10 will [9]). Vielmehr wird meines Erachtens der Anfechtungsbeklagte, wenn er sich durch das formell bestehende Urtheil, obwohl es nicht vollziehbar ist, beeinträchtigt fühlt [10]), nach §. 231 der CivPO. auf Feststellung des Nichtbestehens des Anfechtungsrechtes klagen und es wird wohl auch zulässig sein, durch Nachweis, daß die Bedingung, unter welcher das Urtheil im Anfechtungsprozesse ergangen ist, unerfüllbar geworden ist, eine Außerkraftsetzung des richterlichen Ausspruches nach Analogie des §. 427 Abs. 2 der CivPO. zu erzielen.

Zu C. Wenn das zwischen Gläubiger und Schuldner ergangene Urtheil, auf welches sich die Zwangsvollstreckung gründet, deren Duldung dem Anfechtungsbeklagten durch sein Unterliegen im Anfechtungsprozesse auferlegt ist, nachher mittelst eines außerordentlichen Rechtsmittels beseitigt wird, so treten alle Folgen dieser Aufhebung ebenso wie sie für die am sonstigen Vermögen des Schuldners vorgenommenen Zwangsvollstreckungen wirksam werden, auch hinsichtlich der durch die Anfechtung zugelassenen Zwangsvollstreckung an den in den Händen des Anfechtungsbeklagten gewesenen Objekten ein. Auch hier kann der letztere unzweifelhaft als Intervenient auftreten [11]).

III. Wird das nur vorläufig für vollstreckbar erklärte oder an einen Vorbehalt geknüpfte Urtheil zwischen Gläubiger und Schuldner be-

---

6) Ebenso Jäckel S. 196.

7) Hartmann a. a. O. unter Zustimmung von Jäckel a. a. O.

8) An Cosack S. 227 und Korn S. 12 mich anschließend.

9) Wenn beide Parteien einwilligen, ist es natürlich etwas Anderes.

10) Hartmann betont besonders den Fall, daß der Anfechtungskläger zur Sicherung seines Anspruches Arrest erwirkt hätte oder Protest im Hypothekenbuch habe eintragen lassen, er gibt aber selbst zu, daß eine gesonderte Klage zur Beseitigung dieses Zustandes gegeben sei.

11) Anderer Ansicht Cosack a. a. O. Note 22, welcher aus Ziff. 6 des §. 543 ein argumentum e contrario ableiten will.

finitiv vollstreckbar oder vorbehaltlos, so findet §. 664 der CivPO. Anwendung und die Zwangsvollstreckung an dem Anfechtungsobjekte kann nur nach Beifügung der Vollstreckungsklausel zu dem im Anfechtungsprozesse ergangenen Urtheile durch den Vorsitzenden (§. 666) erfolgen. Diese Beisetzung erfordert Vorlage des definitiven vollstreckbaren Titels oder des richterlichen Ausspruches [12]), durch welchen der Vorbehalt beseitigt ist. Dem Anfechtungsbeklagten bleibt das Recht Einwendungen zu erheben (nach §. 668 u. 669 der CivPO.) gewahrt [13]).

IV. Der §. 10 behandelt nur den Fall der Geltendmachung des Anfechtungsanspruches durch Klage. Im Falle derselbe einredeweise vorgebracht wird und nach §. 5 dem Gläubiger die Frist zur nachträglichen Beibringung der Vollstreckbarkeit vorgesteckt werden kann, ist für einen bedingten Ausspruch über das Anfechtungsrecht ohnehin kein Anlaß gegeben. Es wird eben die Frist so lange gewährt, bis es möglich ist, den Titel definitiv oder vorbehaltlos beizubringen [14]).

V. Die Abweisung der Anfechtungsklage tritt selbstverständlich unbedingt ein, da ein gegen den Dritten erhobener, in sich nicht begründeter Anspruch dadurch, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit des zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Schuldtitels eine definitive oder vorbehaltlose wird, in keiner Weise konvaleszіren kann.

---

§. 11.

Die gegen den Erblasser begründete [a]) Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger [b]) desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1) wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, daß der Schuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen;

---

12) Es ist dies die in §. 664 vorgeschriebene öffentliche Urkunde.

13) Jäckel S. 195 bemerkt mit Recht, auch wenn die Vollstreckungsklausel ertheilt sei, habe der Gerichtsvollzieher vor der Vollstreckung zu prüfen, ob dem Anfechtungsbeklagten die Vollstreckungsklausel und eine Abschrift derjenigen öffentlichen Urkunde zugestellt sei, auf Grund deren die Ertheilung der Klausel angeordnet wurde.

14) Vgl. Korn S. 13. Anderer Ansicht scheint Cosack S. 227 Note 20 zu sein.

2) wenn er zu den im §. 3 Nr. 2 genannten Personen gehört und nicht beweist, daß er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntniß hatte.

Zur Erstreckung der Fristen in Gemäßheit des §. 4 genügt die Zustellung des Schriftsatzes an den Rechtsnachfolger [c]), gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben wird [d]).

Der vorstehende Paragraph regelt das Verhältniß des Anfechtungsrechtes gegenüber einer Universal- oder Singularsuccession auf Seite des Anfechtungsgegners. (Die beiden ersten Absätze entsprechen dem §. 33 der KO., der letzte Absatz ist eine Konsequenz der Bestimmung in §. 4 dieses Gesetzes.) Es soll aber hiedurch nicht etwa die Frage entschieden werden, ob der Akt der Succession einer Anfechtung unterliege, sondern es bleibt immer die ursprüngliche Rechtshandlung zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner das der Anfechtung Unterworfene, und es soll nur die Frage entschieden werden, welchen Einfluß es hat, wenn der ursprüngliche Gegenkontrahent nicht mehr, sondern ein Rechtsnachfolger desselben in Anspruch genommen werden will.

Die Motive (zur KO.) bemerken in dieser Hinsicht:

„Die Anfechtung hat stets das mit dem Gemeinschuldner geschlossene erste Rechtsgeschäft zum Gegenstande; ist dieses unanfechtbar, so ist das Vermögensstück rechtsgültig und unwiderruflich aus dem Vermögen des Gemeinschuldners geschieden. Die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger setzt also nothwendig voraus, daß die Anfechtung gegen den ersten Rechtsvorgänger zulässig sein würde. Daraus folgt zwar nicht, daß dieser zugleich verklagt werden müsse; auch ohne Zuziehung desselben ist die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger prozessualisch gerechtfertigt; denn der letztere allein soll die Wirkung des Anfechtungsrechtes gegen sich gelten lassen und ausführen. Vielmehr dürfte nur die Folgerung zugegeben werden, daß die rechtskräftige Zurückweisung einer Anfechtung gegen den Vertragsgenossen die fernere Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger ausschließe, weil wenn auch die res judicata nur inter partes wirke, die Zulässigkeit der Anfechtung gegen den Ersteren materielles Präjudiz für die gegen den Letzteren bilde.

Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken:

a. (Die gegen den Erblasser begründete)

Voraussetzung der Anfechtung gegen den Erben des Anfechtungsgegners (also des Gegenkontrahenten des Schuldners) ist lediglich, daß dieselbe gegen den Erblasser begründet war. Wenn auch der Erbe von den die Anfechtung begründenden Thatsachen nicht die mindeste Kenntniß hatte, so enthebt ihn dies doch der Anfechtungsklage nicht, da er der Träger der

Rechtspersönlichkeit seines Erblassers ist. Vgl. im Uebrigen oben Bd. I S. 418 ff.

b. (Gegen einen anderen Rechtsnachfolger).

Hierunter ist jeder Dritte zu verstehen, welchem gegenüber der Gegenkontrahent des Schuldners eine Rechtshandlung vorgenommen hat, durch die das Befriedigungsrecht des Gläubigers beeinträchtigt wird. Vgl. oben Bd. I S. 421 ff.

c. (genügt die Zustellung des Schriftsatzes an den Rechtsnachfolger).

I. Der dritte Absatz des §. 11, welcher in §. 33 der KO. kein Analogon findet, ist nothwendig, um dem Anfechtungskläger unter allen Umständen das in §. 4 eingeräumte Recht zu sichern, die Fristerstreckung erlangen zu können. Durch das Wort „genügt" ist ausgedrückt, daß zwar unter gewissen Umständen der Rechtsnachfolger auch ohne besondere Zustellung die Fristerstreckung, welche dem Vertragsgenossen des Schuldners gegenüber bethätigt wurde, gegen sich gelten lassen muß, daß aber unter allen Umständen die an ihn erfolgte Zustellung zur Fristerstreckung ausreicht, und er also darauf sich nicht berufen kann, es sei dem Gegenkontrahenten selbst, seinem Rechtsvorgänger also, nicht zugestellt worden [1]).

II. Welches sind nun die soeben betonten „gewissen Umstände", unter denen die Zustellung an den Gegenkontrahenten auch die Rechtsnachfolger bindet?

A. Vor Allem muß dies der Fall sein, wenn die Rechtsnachfolge eintritt, nachdem die Zustellung bereits erfolgt war. Denn dann kann der Nachfolger selbstverständlich das Anfechtungsobjekt nur so erlangen, wie es durch die Zustellung geworden ist, nämlich behaftet mit der Fristerstreckung. Ob er von der Zustellung Kenntniß hatte oder nicht, kommt nicht in Betracht [2]); denn dem Gläubiger kann sein einmal erlangtes Recht durch die einseitige Handlung des Gegners nicht entzogen werden.

---

1) Um im Bedürfnißfalle auf den Rechtsvorgänger zurückgreifen zu können, ist der von Hartmann S. 97 gegebene Rath, dennoch stets allen beiden zustellen zu lassen, der Praxis allerdings zu empfehlen.

2) Auch nicht wenn er ein Verwandter ist, wie Cosack S. 318 annimmt. Die von ihm angezogene Stelle der Motive bezieht sich nicht auf diesen Fall, sondern betrifft den Fall B.

B. Aber auch wenn die Rechtsnachfolge eingetreten war, bevor die Zustellung an den Vertragsgenossen des Schuldners bewirkt wurde, muß diese nachträgliche Zustellung an den letzteren dem Rechtsnachfolger präjudiziren, wenn in ihm die persönliche Qualität vorhanden ist, die zur Anfechtung berechtigt. Also dann, wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes die betrügliche Absicht des Schuldners gemäß Nr. 1 des §. 10 bekannt war, ferner dann, wenn er zu den in §. 3 Nr. 2 genannten Personen gehört, unter der im zweiten Absatze Nr. 2 des §. 3 bezeichneten Voraussetzung. Denn in allen diesen Fällen überträgt sich die Wahrung der Frist durch die Zustellung an den Einen naturgemäß auf den Anderen. Wenn aber der Rechtsnachfolger nicht zu denjenigen gehört, welchen die Kenntniß von der betrüglichen Absicht des Schuldners nachgewiesen werden muß, sondern wenn er zu den Personen gehört, bei welchen diese präsumirt wird, kann er diese Vermuthung nur dadurch zerstören, daß er auch nachweist, er habe von der Zustellung an seinen Vorgänger niemals Kenntniß erlangt.

III. Das „genügt" ist natürlich nur zu „Fristerstreckung" zu konstruiren; nur soweit es sich um Ausschluß des Zeitablaufes handelt, kann der letztere durch Zustellung an den Rechtsnachfolger gehindert werden. Weiter aber wird, um Wirksamkeit beanspruchen zu können, natürlich vorausgesetzt, daß schon zur Zeit derselben das Anfechtungsrecht gegen den Rechtsvorgänger materiell begründet, insbesondere der Schuldner schon zahlungsunfähig war.

d. (gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben wurde).

Dadurch, daß ich die Zustellung an den ersten Rechtsnachfolger des Gegenkontrahenten des Schuldners machen ließ, kann ich natürlich die Frist auch nur gegen diesen ersten Rechtsnachfolger wahren. Hat dieser inzwischen, ehe ich gegen ihn die Anfechtung geltend machen konnte, wieder einen Rechtsnachfolger erhalten, so ist gegen diesen die Frist erst dann gewahrt, wenn ich ihm selbst Zustellung machen ließ. Hievon ist aber dann eine Ausnahme zuzugestehen, wenn die Momente bei dem späteren Rechtsnachfolger zutreffen, durch welche nach den obigen Erörterungen gegen den ersten Rechtsnachfolger die Frist auch schon durch die Zustellung an den Gegenkontrahenten erstreckt wird.

§. 12.

Das Anfechtungsrecht auf Grund des §. 3 Nr. 1 [a]) verjährt [b]) in zehn Jahren [c]) seit dem Zeitpunkte [d]), mit welchem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte und seine Forderung fällig war, wenn aber die Rechtshandlung nach diesem Zeitpunkte vorgenommen ist, erst seit der Vornahme der Handlung.

Dieser Paragraph entspricht dem §. 34 der KO. Die Motive sagen:

„Die gemeinrechtliche actio Pauliana verjährt in einem annus utilis; als Anfangstermin außerhalb eines Konkurses wird von der Praxis bald der Zeitpunkt, mit welchem der Gläubiger zuerst von der Verkürzung Kenntniß erhalten, bald der Zeitpunkt der angefochtenen Veräußerung, bald der Zeitpunkt der fruchtlos ausgefallenen Exekution angenommen; mit Ablauf des Jahres haftet der Empfänger nur noch auf Höhe der vorhandenen Bereicherungen. (Es folgt nun eine Aufzählung der Verjährungsfristen in den Partikularrechten und Entwürfen, welche wohl hier als zur Auslegung nicht dienlich, übergangen werden können.) Soweit die Anfechtung auf ein betrügliches Einverständniß des Schuldners und des Empfängers gestützt wird, kann das Verlangen nach einer kurzen Verjährung des Anspruchs nicht gerechtfertigt erscheinen. Soweit kann eine Rücksicht auf die Sicherheit des Anfechtungsgegners, welche zu der Vorschrift des §. 34 der Konkursordnung Veranlassung gegeben hat, nicht gehen. Um jedoch die Zweifel und die Verschiedenheiten zu heben, welche bei Anwendung des bürgerlichen Rechts sich ergeben würden, schlägt der Entwurf für die Fälle des §. 3 Nr. 1 allgemein eine zehnjährige Frist vor." — In allen übrigen Fällen „bleibt außerhalb des Konkurses kein Raum für eine Verjährungsfrist."

a. (Das Anfechtungsrecht auf Grund des §. 3 Nr. 1).

Das Gesetz bestimmt abweichend von der Konkursordnung, welche in §. 34 jedes Anfechtungsrecht, welches nicht innerhalb eines Jahres seit der Eröffnung des Verfahrens geltend gemacht ist, als verjährt erklärt, im Allgemeinen keine Verjährungsfrist für die Ausübung desselben, setzt vielmehr nur für den einen Fall der dolosen Verkürzung des Gläubigers eine solche fest. Heißt dies nun, es solle in den übrigen Fällen überhaupt die Anfechtung nicht verjähren, oder es solle die dreißigjährige Frist laufen u. s. w.? Dies ist nicht gemeint. Vielmehr ist (wie die oben abgedruckten Motive gleichfalls erwähnen) dadurch, daß mit Ausnahme des Falles in §. 3 Nr. 1 die übrigen Anfechtungsfälle sämmtlich die anzufechtende Handlung und die Rechtshängigkeit in ein der Zeit

nach bereits eng begränztes Verhältniß bringen, ohnehin schon die Frist bestimmt, innerhalb welcher die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches allein möglich ist. Wenn es z. B. heißt: „anfechtbar sind die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches geschlossenen Verträge", so muß eben der Anfechtungsanspruch innerhalb Jahresfrist nach Abschluß des Vertrages anhängig gemacht werden, sonst ist er überhaupt ausgeschlossen oder wenn man will verjährt.

Man hat deshalb [1]) zu unterscheiden die „Befristung des Anfechtungsanspruches und dessen Verjährung." Die Befristung setzt einen Präklusivtermin fest, bis zu welchem das Anfechtungsrecht überhaupt nur entstehen kann, die Verjährung aber bestimmt die Zeit, nach welcher das entstandene Recht in Wegfall kommt. Materiell ist beides von gleicher Wirkung.

b. (verjährt).

Welches ist die Wirkung der Verjährung? Nach den Motiven (zur KO.) das vollständige Erlöschen des Rechts, so daß es weder mit Klage noch Einrede geltend gemacht werden kann. Zwar ist dieß nicht unbestritten [2]); allein es läßt sich nicht wohl eine andere Ansicht motiviren, da das Gesetz ausdrücklich das Anfechtungsrecht verjähren läßt. Indessen verjährt nur das Anfechtungsrecht, das heißt die Befugniß, die Rechtshandlung des Schuldners anzufechten. Die einmal geltend gemachte Anfechtung verjährt nicht weiter; es muß also nicht der Rechtsstreit vor Ablauf der fraglichen zehn Jahre entschieden sein [3]). Etwas

---

1) Jäckel S. 127.

2) Cosack S. 358, Jäckel S. 186 und v. Wilmowski S. 202 stimmen mir zu, ebenso (für den Konkurs) Petersen, v. Sarwey u. Stieglitz. Zweifelhaft ist Mandry S. 532, Korn aber (S. 179) erklärt die Landesrechte als maßgebend. Auch nicht eine naturalis obligatio bleibt bestehen (Otto S. 179) und ebenso kann auch die etwaige Bereicherung nicht mehr zurückgefordert werden.

3) Anderer Ansicht scheint Cosack S. 356 zu sein; er sagt: „Die Verjährung trifft nach dem Wortlaute des Gesetzes das „Anfechtungsrecht", ohne daß gesagt wurde, ob nur die Befugniß die Anfechtung zu erklären oder auch die durch die einmal erklärte Anfechtung begründete Obligation verjähren soll. Wir entscheiden uns für das letztere." Wenn freilich die bloße mündliche Erklärung anfechten zu wollen vorliegt, so ist die Verjährung nicht unterbrochen. Was die Wirkung betrifft, stimmt Jäckel S. 143 zu; er erklärt die Verjährung des §. 12 als keine Klageverjährung, weshalb er auch eine Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung nicht zuläßt.

Anderes ist es, wenn die Betreibung der Anfechtungsklage liegen bleibt; in diesem Falle wird wohl die landesgesetzliche Verjährung der Litispendenz maßgebend sein.

Eine Restitution gegen den Ablauf der Verjährung findet nicht statt.

c. (in zehn Jahren).

Es sind hier Kalenderjahre gemeint. Sonach berechnet sich die Zeit nach dem Datum und läuft — da der Tag des Beginnens der Verjährung nicht mitgerechnet wird — bis zum gleichen Datum zehn Jahre später (ohne etwa nach 3650 Tagen zu zählen, so daß das Datum wegen der Schaltjahre sich verändern würde.) Der letzte Tag zählt noch mit. Wenn also A am 15. Januar 1884 einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen B erlangt hat, so kann er den von B mit dem C am 12. Januar 1884 in betrüglicher Absicht abgeschlossenen Verkauf bis zum 15. Januar 1894 Nachts 12 Uhr anfechten [4]). Ein Ruhen der Verjährung oder eine andere Art der Unterbrechung als durch Klagestellung findet nicht statt [5]).

d. (seit dem Zeitpunkte).

Der Beginn der Verjährung ist ein verschiedener, je nachdem die anzufechtende Handlung vor oder nach dem Entstehen des durch die Anfechtung zu befriedigenden Anspruches vorgenommen worden ist.

A. Tritt die benachtheiligende Handlung in's Leben zu einer Zeit, wo der Gläubiger sie bereits anfechten konnte, so rechnen die zehn Jahre mit Recht von jener Handlung an, denn mit ihrer Vollendung ist auch die Anfechtung veranlaßt, von da an ist so zu sagen actio nata. Die Frist ist auch lange genug bemessen, um unter allen Umständen annehmen zu können, daß der benachtheiligte Gläubiger von dem ihn benachtheiligenden Ereignisse Kenntniß erhält. Deshalb kann sich derselbe mit dem Vorbringen gegen den Ablauf der Verjährung nicht schützen, er habe die Handlung, welche er anfechten will, zu spät erfahren. Vigilantibus jura.

---

4) Das heißt so lange an diesem Tage, als er noch seine Klage rechtshängig machen kann.

5) A. A. z. B. Cosack S. 357, welcher auch hier das bürgerliche Recht entscheiden läßt. So gestattet er eine Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung und Erfüllung und gerichtliche Protestation. Letztere ist nach unserer Gerichtsverfassung nicht mehr thunlich; in den beiden ersteren Fällen ist die Anfechtung als solche überflüssig, weil man aus der Anerkennung klagt und bei der Erfüllung nicht zu klagen braucht. Daß im Falle das Erfüllte später zurückgeholt werden wollte, mittelst einer etwaigen condictio indebiti, die Anfechtbarkeit wegen der Verjährung nicht außer Berücksichtigung bleiben kann, versteht sich allerdings.

Wann ist aber die Handlung vorgenommen? Natürlich nicht erst dann, wenn nachtheilige Folgen aus derselben eingetreten sind, sondern sobald alles dasjenige geschehen ist, was nach dem allgemeinen Civilrechte zur Vollendung der Rechtshandlung, zur Perfektion des Rechtsgeschäftes ein nothwendiges Erforderniß bildet. Wenn z. B. unter der Herrschaft des Bayerischen Notariatsgesetzes der Schuldner sein Haus verkauft hat, so beginnt die Verjährungsfrist der Anfechtung dieses Rechtsgeschäftes nicht vom Tage, an welchem der Schuldner mit dem Käufer über Preis u. s. w. übereingekommen war, sondern vom Tage der darüber aufgenommenen Notariatsurkunde. Hier kann wohl kein Zweifel obwalten; schwieriger aber ist es, wenn die Form nur ein (nach Vorschrift des Gesetzes oder Vereinbarung der Parteien) hinzukommendes Moment bildet, so daß das Rechtsgeschäft schon vorher eine Klage auf die förmliche Abschließung gewährt. In diesem Falle wird wohl der eigentliche Abschluß des Geschäftes die Frist in Lauf setzen.

B. Wenn aber die Handlung, welche angefochten werden soll, bereits ins Leben getreten war, bevor der Gläubiger in der Lage war, das Anfechtungsrecht geltend zu machen, so kann billigerweise die Verjährung nicht beginnen. Erst von da an, wo geklagt werden könnte und nicht geklagt wird, ist die Frist in Lauf gesetzt. Das Gesetz nennt nun hiefür ein Doppeltes: den Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit des Schuldtitels und die Fälligkeit der Forderung. Beide Voraussetzungen sind kumulativ gesetzt. Eine fällige Forderung ohne vollstreckbaren Schuldtitel und ein vollstreckbarer Schuldtitel für eine nicht fällige Forderung, beide für sich, lassen die Verjährung nicht beginnen; erst das Zusammentreffen der Vollstreckbarkeit und der Fälligkeit setzen die Frist in Lauf.

Wann die Vollstreckbarkeit erlangt ist, wurde bereits oben erörtert [6]).

C. Von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners spricht das Gesetz nicht, und man könnte also, nachdem dieselbe eine wesentliche Voraussetzung für die Entstehung der Anfechtungsbefugniß bildet, der Ansicht sein [7]), als ob die Verjährungsfrist beginnen könne zu laufen, bevor noch der Gläubiger überhaupt in der Lage war, seinen Anspruch geltend zu machen. Allein dies ist nicht der Fall. Nur deshalb ist in §. 12 die Zahlungsunfähigkeit nicht neben der Vollstreckbarkeit und Fälligkeit auf-

---

6) Hartmann S. 97 bemerkt, daß dieser Zeitpunkt, wenn nicht vorläufige Vollstreckbarkeit verfügt sei, erst mit der Rechtskraft des Urtheils eintrete, es wäre denn dieses selbst nur ein bedingtes, in welchem Falle der Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung entscheidet.

7) Jäckel S. 142.

geführt, weil die Zahlungsunfähigkeit die Voraussetzung der Anfechtbarkeit der schuldnerischen Handlung selbst bildet. Handlungen eines zahlungsfähigen Schuldners sind ohnehin nicht anfechtbar. Ein solventer Mann kann eben die in §. 3 Nr. 1 bezeichnete Handlung gar nicht vornehmen; dadurch, daß der Handelnde später einmal zahlungsunfähig wird, begründet sich keine Anfechtbarkeit, und es ist deshalb auch ganz richtig, daß von einem solchen Zeitpunkte für die Verjährung des Anfechtungsrechtes nicht gesprochen wurde.

---

§. 13.

Wird über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet [a]), so steht die Verfolgung der von Konkursgläubigern [b]) erhobenen Anfechtungsansprüche [c]) dem Konkursverwalter zu [d]). Aus dem Erstrittenen sind dem Gläubiger die Prozeßkosten vorweg zu erstatten [e]).

Ist das Verfahren über den Anfechtungsanspruch noch rechtshängig, so wird dasselbe unterbrochen [f]). Im Fall einer Verzögerung der Aufnahme kommen die Bestimmungen der Civilprozeßordnung §. 217 zur entsprechenden Anwendung [g]). Der Konkursverwalter kann den Anspruch nach den Vorschriften der Konkursordnung §§ 30 bis 32, 34 in Gemäßheit der §§. 240, 491 der Civilprozeßordnung erweitern [h]). Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreites ab [i]), so kann derselbe rücksichtlich der Prozeßkosten von jeder Partei [k]) aufgenommen werden. Durch die Ablehnung der Aufnahme wird die Befugniß des Verwalters, nach den Vorschriften der Konkursordnung das Anfechtungsrecht auszuüben, nicht ausgeschlossen [l]).

Soweit der Gläubiger [m]) aus dem Zurückzugewährenden eine Sicherung oder Befriedigung erlangt hatte, finden auf die Anfechtung derselben die Vorschriften des §. 23 Nr. 1 der Konkursordnung entsprechende Anwendung.

Nach der Beendigung des Konkursverfahrens [n]) können Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Konkursverwalter zustand, von den einzelnen Gläubigern nach Maßgabe dieses Gesetzes verfolgt werden [o]), soweit nicht dem Anspruch entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind. War der Anspruch nicht schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens rechtshängig, so wird die im §. 3 Nr. 2 bis 4 bestimmte Frist

von diesem Zeitpunkte berechnet, sofern die Rechtshängigkeit bis zum Ablauf eines Jahres seit der Beendigung des Konkursverfahrens eintritt.

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner rücksichtlich seines nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens[p]) vorgenommen hat, können von den Konkursgläubigern auch während des Konkursverfahrens nach Maßgabe dieses Gesetzes angefochten werden.

Der vorstehende Paragraph behandelt den Fall, daß nachdem die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches durch einen gemäß des gegenwärtigen Gesetzes berechtigten Gläubiger erfolgt ist, der Konkurs über das Vermögen des Schuldners, also desjenigen, welcher die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen hatte (nicht über das Vermögen des Anfechtungsbeklagten), ausbricht. Der Paragraph betrifft also das Verhältniß desjenigen Anfechtungsklägers, welcher durch Eröffnung des Konkurses ein Konkursgläubiger wird zu dem Verwalter, welchem nach der KO. das Anfechtungsrecht allein zusteht. Anders verhält sich die Sache, wenn der Konkurs über das Vermögen des Anfechtungsgegners, desjenigen, gegen welchen der Anspruch auf Anfechtung zu richten ist, ausbricht. In diesem Falle wird der Anfechtungsanspruch lediglich nach §. 9 der KO. zu behandeln sein, soferne derselbe schon rechtshängig ist. Andernfalls aber muß die Anfechtung gegen die Masse gerichtet werden; denn es handelt sich ja darum, daß das in derselben befindliche Vermögensobjekt nicht dem Anfechtungskläger unbeschränkt zustehen soll, sondern daß daran die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner geduldet werden muß.

a. (das Konkursverfahren eröffnet).

Selbstverständlich rechtskräftig. So lange noch etwa die Beschwerde gegen den Beschluß auf Eröffnung des Konkurses schwebt, ist der Anfechtungsprozeß nicht unterbrochen; der Kläger kann noch Vollstreckung erwirken, unterliegt aber seinerseits der Anfechtung nach Abs. 3 des vorstehenden Paragraphen.

Ob das Konkursverfahren nach §. 100 neu eröffnet, oder nach §. 184 neu wieder aufgenommen wird, ist einerlei.

b. (von Konkursgläubigern).

Das heißt von solchen Gläubigern, welche Konkursgläubiger werden. Und zwar in abstracto. Das heißt: ein Gläubiger, welcher nach §. 2 der KO. seine Forderung im Konkurse geltend machen kann, verliert die Befugniß zur Fortsetzung eines Anfechtungsprozesses auch dann, wenn er sich am Konkurse nicht betheiligt. Denn nachdem die Anfechtungs-

klage nur eine Fortsetzung des Zwangsvollstreckungsverfahrens ist, so trifft auch sie die Vorschrift des §. 11 der KO.

c. (erhobenen Anfechtungsansprüche).

In dem Mehr ist hier auch das Minder enthalten. Wenn schon der „erhobene" Anspruch des bisherigen Einzelgläubigers durch die Konkurseröffnung auf den Verwalter übergeht, so muß dies noch mehr bei demjenigen der Fall sein, welchen der Gläubiger noch gar nicht anhängig gemacht hat. Die konkursmäßige Anfechtung ist also die allein zulässige bezüglich aller Ansprüche, welche ein Gläubiger vor der Konkurseröffnung noch gar nicht erklärt oder welche er nur außergerichtlich mit oder ohne Widerspruch des Anfechtungsgegners geltend gemacht hat.

d. (dem Konkursverwalter zu).

Die Motive sagen:

„Die erhobenen Anfechtungsansprüche, welche darauf abzielen, daß zum Zwecke der Befriedigung der persönlichen Gläubiger die früher veräußerten Gegenstände als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig gelten sollen, können mit der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mehr Sonderrechte der einzelnen Gläubiger sein. Weder die Erhebung des Anfechtungsanspruchs, noch ein erstrittenes, noch ein rechtskräftiges Urtheil gewährt dem anfechtenden Gläubiger ein dingliches oder ein Vorzugsrecht an dem zurückzugewährenden Gegenstande. Sofern er nicht schon vor der Konkurseröffnung aus demselben seine Befriedigung oder an demselben durch Pfändung ein Absonderungsrecht erlangt hat, ist er Konkursgläubiger und kann als solcher den erhobenen Anfechtungsanspruch nicht mehr verfolgen (KO. §§. 10, 11, 12). Wohl aber ist dazu der Konkursverwalter befugt; er hat alles, was zur Konkursmasse gehört, herbeizuschaffen und zur Befriedigung aller Gläubiger zu verwenden; er allein übt für alle Konkursgläubiger das Anfechtungsrecht aus (KO. §§. 5, 22, 29). Spricht dies die Konkursordnung im §. 29 zwar nur für neu zu erhebende Anfechtungsansprüche aus, so muß ein Gleiches für die vorher von einzelnen Konkursgläubigern erhobenen Ansprüche bestimmt werden; das Zurückzugewährende — sei es schon vorläufig oder rechtskräftig erstritten oder noch erstreitbar — gehört zur Konkursmasse[1]); dahin gehören auch die in einem anhängigen Anfechtungsstreite prozessualisch er-

1) War der Prozeß schon rechtskräftig entschieden, oder hatte der Gläubiger ein vorläufig vollstreckbares Urtheil erstritten, so ist der Verwalter befugt, die Zwangsvollstreckung in dem Umfange zu betreiben, in welchem zu Gunsten des Gläubigers die Rückgewährspflicht ausgesprochen ist. (Motive.)

worbenen Rechte; auch sie dürfen für die Konkursmasse nicht verloren gehen. Es muß dies selbst für den Fall gelten, daß der Anfechtungsanspruch auf Grund des §. 3 Nr. 2, 3 oder 4 erhoben ist und bei Verfolgung des gleichartigen Anfechtungsgrundes durch den Konkursverwalter in einem neuen Prozesse die nur von der Konkurseröffnung zurückzurechnende Frist (KO. §§. 24 Nr. 2, 25 Nr. 1, 2) bereits abgelaufen sein würde. Denn abgesehen davon, daß dieser Unterschied in den Fristen ein nur äußerer, den Inhalt des Anfechtungsanspruchs nicht berührender ist, auch abgesehen davon, daß es wenig zweckmäßig wäre, solchen Unterschied aufrechtzuerhalten, weil aus der Verhandlung und Beweisaufnahme leicht die ohne Fristbeschränkung geltend zu machende Kenntniß einer betrüglichen Absicht des Schuldners (KO. §. 24 Nr. 1; Anf.-G. §. 3 Nr. 1) hervortreten kann, gehört auch in dem gegebenen Falle das in Folge des erhobenen Anfechtungsanspruchs Zurückzugewährende ohne Absonderungsrecht des anfechtenden Gläubigers zur Konkursmasse. Ist dies klar, wenn schon ein rechtskräftiges oder sonst ein die Rückgewähr aussprechendes Urtheil vorliegt, so muß dies umsomehr gelten, wenn der Gläubiger ein solches noch nicht erlangt hatte. Insofern erweitert sich sozusagen das durch die Konkursordnung begründete Anfechtungsrecht des Verwalters[2]).

Somit steht, sobald der Konkurs eröffnet ist, die Verfügung über den Konkursanspruch lediglich dem Verwalter zu.

Verfolgt er den Anspruch, so geschieht dies mit der Wirkung, daß die Rückgewähr zur Konkursmasse stattfindet. Dafür sind die Vorschriften der Konkursordnung §§. 30—32, 34 maßgebend. Die Bestellung als Konkursverwalter ist seine Legitimation.

War der Anspruch noch nicht erhoben, so macht der Konkursverwalter die Klage anhängig; ist ein Rechtsstreit schon im Lauf, so nimmt er denselben auf an Stelle des bisherigen Klägers. War derselbe Anfechtungsanspruch von verschiedenen Gläubigern anhängig gemacht, so kann der Verwalter wählen, welchen Rechtsstreit er aufnehmen will. Er kann aber die Aufnahme überhaupt ablehnen und selbständig den Anfechtungsanspruch verfolgen[3]). (Vgl. lit. i.)

---

2) Das Preußische Gesetz v. 1855 hatte dies mit den Worten ausgedrückt, daß „die Rechte des einzelnen Gläubigers auf die Gläubigerschaft übergehen." Dies paßt natürlich auf die gegenwärtige KO., welche keine „Gläubigerschaft" kennt, nicht mehr.

3) Ueber die Mittel, den Verwalter zur Geltendmachung des Anfechtungsrechtes zu zwingen, falls er sich dessen entschlagen will, vgl. meinen Kommentar zur KO. Bd. I S. 397.

e. (vorweg zu erstatten).

Es würde unbillig sein, wenn man den bisherigen Anfechtungskläger mit seinem Ersatzanspruche für die bisher durch den Prozeß ihm erwachsenen Kosten zur gesonderten Austragung verweisen wollte. Er hat deshalb vom Gesetze einen bevorzugten Anspruch hierauf erhalten. „Aus dem Erstrittenen" heißt sowohl „aus dem von ihm selbst bereits Erstrittenen", wie auch „aus dem vom Verwalter Erstritten=Werdenden". Nur auf die „Prozeßkosten", nicht für etwa außergerichtlichen Aufwand ist dem Gläubiger ein Ersatzanspruch zugesprochen.

f. (so wird dasselbe unterbrochen).

War der Anfechtungsanspruch schon vor Beginn des Konkurses rechtskräftig erledigt, so hat es hiebei selbstverständlich sein Bewenden. Eine solche Erledigung liegt aber (wie unter lit. d bemerkt ist) nicht schon im Urtheil auf die Klage, sondern nur in der effektiven Befriedigung des Gläubigers durch die in Folge des Urtheils ermöglichte und vollzogene Zwangsvollstreckung am Anfechtungsobjekt.

So lange aber dieses Ende des Anfechtungsstreites nicht eingetreten ist, wird derselbe als „rechtshängig" angesehen und die erste Folge der Konkurseröffnung ist die Unterbrechung des Prozesses[4]) nach Maßgabe des Buch I Abschnitt 3 Titel V der CPO.

Es wird aber nach dem Wortlaute des §. 13 nur das Verfahren über den Anfechtungsanspruch unterbrochen. Wenn also über denselben kein Verfahren, das heißt kein Rechtsstreit geführt, sondern daraufhin in einem anderen Prozesse eine Einrede oder Replik u. s. w. gestützt wird, so kann der Hauptprozeß nicht unterbrochen werden[5]), damit aber muß — meines Erachtens — zugleich wegen der Untrennbarkeit der Verhandlung die Einrede oder Replik u. s. w. nach wie vor zur Berücksichtigung kommen.

g. (zur entsprechenden Anwendung).

Der Konkursverwalter muß sich erklären, ob er den Prozeß für die Masse aufnehmen will oder nicht. Zu dieser Erklärung kann er nach §. 217 der CPO. durch Zustellung eines Schriftsatzes aufgefordert werden. Nachdem das Gesetz die „entsprechende Anwendung" zuläßt und im vorliegenden Falle beide Theile ein Interesse haben, über das weitere Schicksal des Rechtsstreites Gewißheit zu erhalten, so glaube ich daß so=

---

4) Mit Recht macht Cosack S. 360 darauf aufmerksam, daß eigentlich §. 218 der CivPO. keine Anwendung finden würde, weil ja der Schuldner im Anfechtungsprozesse nicht Partei ist.

5) Wohl aber wird die Verhandlung einer Widerklage sistirt werden müssen.

wohl der Anfechtungskläger, wie der Anfechtungsbeklagte die Erklärung veranlassen können.

h. (erweitern).

Im Entwurfe fehlte dieser Satz; dagegen hieß es im ersten Absatze: „Die Verfolgung der von den Konkursgläubigern erhobenen Anfechtungsansprüche steht dem Konkursverwalter mit der Wirkung zu, daß die Rückgewähr nach den Vorschriften der Konkursordnung, und zwar sofern eine Endentscheidung zweiter Instanz noch nicht ergangen ist, in vollem Umfange zur Konkursmasse stattfindet."

Die Motive bemerken hiezu Folgendes: „Verfolgt der Verwalter den Anspruch, so geschieht dies mit der Wirkung, daß die Rückgewähr zur Konkursmasse stattfindet. Dafür sind die Vorschriften der Konkursordnung, §§. 30 bis 32, 34, maßgebend. Die Schranke, welche das Gesetz im §. 9 aus der beschränkten Legitimation des einzelnen Gläubigers gegen diesen ziehen mußte, fällt gegen den Konkursverwalter fort. Dem Anfechtungsgegner kommt der Anspruch auf Herausgabe der Gegenleistung oder ihres Werths aus der Konkursmasse in Gemäßheit des §. 31 Satz 1 der Konkursordnung zu. Anderseits muß an und für sich auch die Beschränkung der Rückgewähr schwinden, welche nur in dem beschränkten Zwecke der Befriedigung des einzelnen Gläubigers begründet war; mit dem durch die Konkurseröffnung erweiterten Zwecke erweitert sich die Rückgewähr zum vollen Umfange. Der Inhalt und Grund des Anfechtungsanspruchs und der Rückgewährspflicht sind dem einzelnen Gläubiger wie dem Konkursverwalter gegenüber dieselben, und es würde sich nicht rechtfertigen, wollte man den Konkursverwalter nöthigen, für den von dem Gläubiger nicht geltend gemachten Umfang des Anfechtungsanspruchs einen neuen Prozeß anzustellen, welcher lediglich aus einer Wiederholung der Streitverhandlungen und Beweisaufnahmen des ersten Prozesses bestehen würde. Der Rechtsvertheidigung des Anfechtungsgegners geschieht in keiner Weise Abbruch. Derselbe hatte bereits durch den Einzelangriff des Gläubigers Veranlassung, alles vorzubringen, was er in Betreff der Anfechtbarkeit der Rechtshandlung zu seinen Gunsten geltend zu machen vermochte, und er kann auch jetzt noch das Versäumte nachholen. Dagegen wird auch hier der Anfechtungsgegner gegen eine Erweiterung der Rückgewähr sich nicht etwa darauf berufen können, daß die Anfechtungsfrist, wenn sie von der Konkurseröffnung zurückzurechnen wäre, verstrichen sein würde. Möchte dies vom Standpunkte juristischer Konsequenz vielleicht zweifelhaft erscheinen, so würde vom legislativ-politischen Standpunkte es sich gewiß nicht empfehlen, wegen des zu-

fälligen Umstandes, daß bisher die Anfechtung nur von dem einen Gläubiger in beschränktem Umfange, nicht auch von anderen Gläubigern bis zum vollen Umfange geltend gemacht war, denjenigen, welcher anfechtbar erworben hat, vor der vollen Rückgewähr zu schützen.

Freilich wird wie für die Ausdehnung der Rückgewähr so überhaupt für die Art der Verfolgung die Lage des Anfechtungsstreites von Bedeutung sein. Die Beschränkung des Streitgegenstandes auf den von dem Gläubiger beantragten Umfang der Rückgewähr wird dann festgehalten werden müssen, wenn der Prozeß bereits in ein Stadium gediehen war, in welchem nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung eine Erweiterung des Klageantrags nicht mehr stattfindet, also wenn bereits eine Endentscheidung zweiter Instanz ergangen war. Bis zu diesem Stadium ist die Möglichkeit einer Klageerweiterung nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung §§. 240 Nr. 2, 491 Abs. 2 gegeben; nur würde ohne besondere Vorschrift daraus, daß nicht der ursprüngliche Kläger den Antrag hätte erweitern dürfen, ein Zweifel entnommen werden können, ob der gedachte §. 240 anwendbar wäre."

Die Kommission des Reichstages hielt es für besser, diese Argumentation der Motive im Gesetze ausdrücklich zur Anerkennung zu bringen.

Alle die obigen Gründe aber sprechen lediglich für die Zulassung einer Erweiterung hinsichtlich des Umfanges der Rückgewähr; sie passen nicht auf die Erweiterung in Betreff des Anfechtungsgrundes. Der Konkursverwalter kann also natürlich den vom Einzelgläubiger auf Grund des § 3 Ziff 2 erhobenen Anspruch nicht dahin erweitern, daß er ihn nunmehr auf den §. 3 Ziff. 1 stützt. Hierin würde eine unzulässige Klageänderung liegen[6]). Der Konkursverwalter darf daher in solchem Falle den Prozeß nicht aufnehmen, sondern er muß selbständig die Anfechtung erwirken.

i. (Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreites ab).

Der Verwalter kann ohne Angabe von Gründen die Aufnahme eines über den Anfechtungsanspruch schwebenden Rechtsstreites ablehnen[7]); er kann (vgl. lit. k.) dies thun, um ihn selbständig geltend zu machen[8]),

---

6) Hartmann S. 102.

7) Hiefür hat er (vgl. diesen Kommentar Bd. II S. 325) die Genehmigung des Gläubigerausschusses zu erholen.

8) „Die Ablehnung — drücken sich die Motive aus — gilt nicht als Verzichtleistung auf den Anspruch, sondern nur auf Fortführung des Prozesses“.

er kann es aber auch mit der Absicht thun, die Anfechtung überhaupt nicht weiter zu betreiben. Daß im ersteren Falle der bisherige Prozeßkläger, der Einzelgläubiger den Rechtsstreit nicht fortführen darf, ist klar; denn er würde ja dadurch der Masse präjudiziren und der Dritte würde zweimal wegen derselben Sache belangt. Aber auch im zweiten Falle entzieht sich die Fortsetzung des Rechtsstreites der Befugniß des Einzelnen. Die Motive sagen hierüber Folgendes: „Im Falle der Ablehnung der Prozeßaufnahme durch den Verwalter frägt es sich, welche Folgen derselben beizulegen sind. Zunächst ob nunmehr der Gläubiger zur Aufnahme befugt sein soll? Nach §. 8 der KO. wäre die Frage zu bejahen, nach §. 29 zu verneinen. Dieses letztere ist das Richtigere. Denn die diesem Paragraph zu Grunde liegenden Erwägungen sprechen im Wesentlichen auch hier gegen ein subsidiäres Recht des Gläubigers; das Erstrittene dürfte nicht ihm, müßte vielmehr der Konkursmasse zukommen, der Gläubiger kann aber über die letztere und eine in derselben etwa befindliche Gegenleistung nicht verfügen." Die Motive sprechen sich nun auch gegen die Zulässigkeit, den Prozeß wegen der Kosten fortzuführen, aus: „eine Verhandlung und Entscheidung über den Kostenpunkt würde mittelbar eine Entscheidung in der Sache selbst und in der Regel eine Verdoppelung der Verhandlungen und Beweiserhebungen bedingen. Der Prozeß bleibt daher füglich bis zur Beendigung des Konkurses liegen." Die Reichstagskommission theilte aber diese Bedenken nicht, sondern änderte den Entwurf, indem sie den obigen Satz in das Gesetz einfügte[9]).

Man könnte nun demohngeachtet der Meinung sein, daß diese Fortführung des Prozesses wegen der Kosten zwar gestattet sei, aber nicht während des Konkurses, sondern erst nach Beendigung desselben.

Allein der Berichterstatter der Kommission hat ausdrücklich und ohne Widerspruch zu erfahren den Vorschlag so motivirt:

> es solle dem einzelnen Gläubiger das Recht zustehen, auch *während des Konkurses* das Verfahren zu dem Zwecke fortzusetzen, um über die Prozeßkosten die Entscheidung herbeizuführen.

k. (*von jeder Partei*).

Natürlich nicht von jedem Gläubiger[10]), sondern nur vom Anfechtungskläger und vom Anfechtungsbeklagten. Wenn übrigens in dem Prozesse

9) Vgl. Stenogr. Berichte Bd. III S. 2269.

10) Auch nicht vom Schuldner, denn dieser ist im Anfechtungsprozesse nicht Partei.

ein Dritter[11]) als Intervenient aufgetreten wäre, würde die gleiche Befugniß wohl auch diesem zustehen.

l. (nicht ausgeschlossen).

Die etwas geänderte Fassung[12]) ist von der Reichstagskommission in der Absicht, den Gedanken des Entwurfes zu präzisiren, gewählt. Es sollte — nach der Aeußerung des Berichterstatters im Plenum[13]) — ausdrücklich ausgesprochen werden, daß wenn nach den Vorschriften der Konkursordnung dem Konkursverwalter wegen Zeitablauf das Anfechtungsrecht nicht zusteht, sondern er dasselbe nur in Folge des Umstandes ausüben kann, daß ein einzelner Gläubiger inzwischen für sich die Anfechtungsklage angestellt hat, dann dem Konkursverwalter nur der Eintritt in diese Klage, freilich mit der Befugniß, das Petitum zu erweitern, zusteht, aber nicht das Recht der selbständigen Klage.

m. (Soweit der Gläubiger).

Die Anwendbarkeit des §. 23 Nr. 1. der KO. auch auf die anfechtenden Gläubiger ergibt sich von selbst, sobald man erwägt, daß die Anfechtung zwar formell gegen einen Dritten sich richtet, materiell aber nur die Exekution gegen den nunmehrigen Gemeinschuldner bezweckt. Wenn demnach der Anfechtungskläger von dem Dritten Sicherung und Befriedigung erlangt hat, so muß es so angesehen werden, als hätte er sie vom Gemeinschuldner erlangt, und wenn dies also erfolgte zu einer Zeit, zu welcher dem Anfechtungskläger die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war, so ist diese Rechtshandlung ihrerseits anfechtbar.

n. (Nach der Beendigung des Konkursverfahrens).

Dieser Ausdruck ist zu limitiren. Nach Beendigung des Verfahrens durch Zwangsvergleich ist natürlich das Anfechtungsrecht nicht allgemein, sondern nur mit Berücksichtigung der durch den Vergleich eingetretenen Beschränkung des Forderungsrechtes verfolgbar. Im Uebrigen gilt das Verfahren als beendigt, sobald der Beschluß auf Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens rechtskräftig ist; ob die Vertheilung vollständig bewirkt ist, erscheint als irrelevant. Nun kann es aber vorkommen, daß in Folge der Anfechtung Seitens eines Gläubigers erst zur Wahrnehmung kommt, daß die Masse um das Anfechtungsobjekt verkürzt worden ist, und es liegt in diesem Falle dem Konkursverwalter nach §. 153 Abs. 2 die

11) Der Schuldner kommt hiebei gleichfalls nicht in Frage, denn er hat ja in Folge der Ganteröffnung die Disposition verloren.

12) Im Entwurfe fehlten die Worte „nach den Vorschriften der Konkursordnung".

13) Stenograph. Ber. Bd. III S. 2269.

Pflicht ob, dies Objekt nachträglich zur Masse zu ziehen und zur Nachvertheilung zu bringen. Thut er dies, das heißt erklärt er die Anfechtung für die Masse durchführen zu wollen, so muß der Einzelgläubiger zurücktreten[14]).

o. (nach Maßgabe dieses Gesetzes verfolgt werden).

Zweierlei wird hier ausgesprochen: einmal daß der einzelne Gläubiger nach Beendigung des Konkursverfahrens nicht etwa den vom Verwalter geführten Anfechtungsstreit aufnehmen, in denselben eintreten kann, sondern daß er ihn neu beginnen muß[15]), und ferner, daß kein Einzelgläubiger nach Beendigung des Konkurses das konkursrechtliche Anfechtungsrecht in dem Maße und Umfange, wie es dem Verwalter zugestanden ist und wie dieser es vielleicht bereits geltend gemacht hat, ausüben darf, sondern nur so, wie es ihm nach diesem Gesetze, dem Gesetze über Anfechtungen außerhalb des Konkurses überhaupt zusteht. Die Motive sagen hierüber Folgendes:

„Daß nach der Beendigung des Konkursverfahrens die Aufnahme solcher noch etwa anhängiger Anfechtungsprozesse, welche von dem Verwalter angestellt sind, nicht durch einen einzelnen Gläubiger zugelassen werden kann, ergiebt sich, abgesehen von der Frage, wer von den Gläubigern zuzulassen sein und wer von ihnen ausgeschlossen werden würde, daraus, daß wohl der Verwalter die Anfechtungsrechte aller Gläubiger, aber kein Gläubiger das Recht des Verwalters auszuüben hat. Dagegen treten die einzelnen Gläubiger wieder in die Ausübung ihrer Rechte ein und sind daher an und für sich wieder in der Lage, die von dem Schuldner vor dem Konkurse vorgenommenen Rechtshandlungen anzufechten, ohne Unterschied, ob sie ihren Anfechtungsanspruch vor der Eröffnung des Verfahrens bereits erhoben hatten oder nicht. Die Unter-

---

14) Es besteht hier eine Kontroverse: Korn S. 29 und Otto S. 155 sind der Meinung, daß der Konkursverwalter nur dann das Anfechtungsrecht nach Beendigung des Konkurses geltend machen könne, wenn die anfechtbare Handlung während des Konkursverfahrens unbekannt geblieben sei, während Cosack S. 363 Note 4 (meines Erachtens mit Recht) bemerkt, es sei kein Grund abzusehen, weshalb dem Verwalter verboten sein solle, die Anfechtung, welche er vielleicht nur deshalb unterlassen habe, weil sie für sich allein die Nachtragsvertheilung nicht gelohnt hätte, nachträglich, nachdem anderweitige lohnende Objekte ermittelt sind, für die Masse auszuüben.

15) Es wäre denn bereits vor der Konkurseröffnung von ihm ein Rechtsstreit begonnen gewesen und dieser vom Verwalter nicht aufgenommen worden, dann kann er allerdings seinen früheren Prozeß wieder fortsetzen.

brechung der anhängig gewesenen Prozesse hört mit der Beendigung des Konkursverfahrens von selbst auf; sie können von dem Gläubiger und dem Gegner mittelst einfachen Schriftsatzes (Civilprozeßordnung §. 227) aufgenommen werden. Ihre Verfolgung sowie die Verfolgung nicht anhängig gewesener Anfechtungsansprüche richtet sich nach den Vorschriften dieses Gesetzes; durch dasselbe bestimmt sich insbesondere der Umfang des Anfechtungsrechts (§§. 1, 2) und die Pflicht der Rückgewähr (§§. 6, 7); dem Gläubiger, welcher vor wie nach eines vollstreckbaren Schuldtitels bedarf, kommt indeß die vom Gemeinschuldner nicht bestrittene Feststellung seiner Forderung im Konkursverfahren (Konkursordnung §§. 152, 179, 192) zu statten. Der Konkurs aber übt auf das Anfechtungsrecht der einzelnen Gläubiger zweierlei Wirkung aus. Einmal negativ: in der Verfolgung von Anfechtungsrechten, deren Ausübung während der Dauer des Verfahrens nach §. 29 der Konkursordnung oder nach Absatz 1 des vorliegenden Paragraphen dem Verwalter allein gebührte, stehen die gegen den Verwalter begründeten Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen — Vergleich, Verzicht, Urtheil, Verjährung (Konkursordnung §. 34) u. s. w. — auch dem Gläubiger entgegen, und ebendeshalb freilich steht ihm, entsprechend dem zum vorigen Absatze Ausgeführten, die bloße Ablehnung der Aufnahme eines Rechtsstreits seitens des Verwalters nicht entgegen. Sodann aber positiv: die im §. 3 Nr. 2 bis 4 des Entwurfs bestimmte Frist muß, falls der Anfechtungsanspruch von dem Gläubiger nicht schon vor der Konkurseröffnung anhängig gemacht war, von diesem Zeitpunkte zurückgerechnet werden; denn während des Konkursverfahrens war der einzelne Gläubiger, wenngleich er schon vorher den Anspruch hätte erheben können, zur Erhebung desselben nicht in der Lage. Andererseits wird dem Gläubiger nunmehr, entsprechend der einjährigen Verjährungsfrist des §. 34 der Konkursordnung und dem zu §. 4 des Entwurfs Bemerkten, von der Beendigung des Konkursverfahrens ab die Frist eines Jahres zu setzen sein, innerhalb welcher er, um seine Zurückberechnung zu erlangen, den Anspruch rechtshängig machen muß. Dagegen ist es selbstverständlich, daß im Falle der vor der Konkurseröffnung schon bewirkten Rechtshängigkeit die Frist schon von dem Zeitpunkte der letzteren, beziehungsweise einer ihr nach §. 4 vorhergegangenen Zustellung zu berechnen bleibt".

p. (rücksichtlich seines nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens).

Der letzte Absatz des §. 13 behandelt die Frage, wie sich das Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger zu Rechtshandlungen verhält, welche der Gemeinschuldner über das von ihm nach der Eröffnung des Konkurs-

verfahres erworbene und folglich (KO. §. 1) nicht zur Konkursmasse gehörige Vermögen in einer Weise vornimmt, welche — wenn das Konkursverfahren nicht schwebte — die Anfechtung begründen würde. Das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters auf Grund der §§. 22 ff. der KO. kann natürlich nicht Platz greifen, und ob den einzelnen Gläubigern ein solches zustehen könne, würde im Hinblicke auf §. 1 des vorliegenden Gesetzes und auf §. 11 der KO., welcher Arreste und Zwangsvollstrekungen zu Gunsten einzelner Gläubiger während der Dauer des Verfahrens auch in das nicht zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners ausschließt, zweifelhaft sein können. Deshalb hat das Gesetz solches ausdrücklich als zulässig erklärt[16]).

II. Das Gesetz spricht zwar direkt nur von den „Konkursgläubigern", es wird aber natürlich dasselbe Recht, wie diesen, auch den neuen Gläubigern zustehen[17]). Die Motive bemerken:

„Die Vorschriften des vorliegenden §. 13 bestimmen nur die Rechte der Konkursgläubiger, während soeben auch der neuen Gläubiger, d. h. derjenigen Gläubiger gedacht wurde, deren Forderungen erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens entstanden sind, und während die übrigen Vorschriften des Gesetzes nach der Ausführung zu §. 2 sich auch auf die ab-

---

16) Die Motive sagen: „Die wirthschaftlichen Erwägungen, welche den §. 11 der KO. gerechtfertigt haben, treffen nicht zu, soweit es sich um betrügliche oder unentgeltliche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners handelt. Der §. 11 bezweckt lediglich, dem Gemeinschuldner im Interesse der Gläubiger selbst die Kreditfähigkeit wieder zu eröffnen und seine Bemühungen, sich Vermögen zu erwerben, nicht von vorneherein wieder zu vereiteln. Wenn aber der Gemeinschuldner die ihm gewährte Erwerbsfreiheit dazu mißbraucht, um über sein neuerworbenes Vermögen in einer an sich der Anfechtung unterliegenden Weise zum Nachtheile seiner Gläubiger zu verfügen, so kann von einer Rücksichtsnahme auf die künftige Prosperität des Gemeinschuldners nicht die Rede sein, und es liegt daher kein Grund vor, auf die derart von dem Gemeinschuldner hinweggegebenen Befriedigungsmittel den Zugriff, welcher den neuen Gläubigern unbenommen ist, den Konkursgläubigern bis zur Beendigung des Konkursverfahrens zu versagen. An einer sofortigen Geltendmachung des Anfechtungsrechts muß ihnen schon wegen des sonst drohenden Ablaufs der Anfechtungsfristen gelegen sein. Die dem entsprechende Vorschrift des letzten Absatzes wird praktisch um so wichtiger erscheinen, als auch Erbschaften und Vermächtnisse, welche dem Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Konkursverfahrens zufallen, zur Konkursmasse nicht herangezogen werden" (vergl. Motive zur Konkursordnung Seite 21, 22).

17) v. Wilmowski S. 531.

sonderungsberechtigten Gläubiger beziehen. Es mag daher noch kurz die Stellung Beider zu den Vorschriften des §. 12 angedeutet werden.

Die absonderungsberechtigten Gläubiger werden, soweit ihre abgesonderte Befriedigung in Frage steht, auch in der Verfolgung ihrer Anfechtungsrechte durch den Konkurs nicht berührt[18]); sie können nach Maßgabe dieses Gesetzes sowohl die bereits vor der Eröffnung des Konkursverfahrens erhobenen Anfechtungsansprüche ohne Unterbrechung weiter verfolgen, als auch während des Konkursverfahrens Anfechtungsansprüche neu erheben; und ebenso greift nach der Beendigung desselben die Bestimmung des vierten Absatzes betreffs ihrer nicht Platz; denn die Ausübung ihrer Anfechtungsrechte stand dem Verwalter nicht zu[19]).

Dagegen sind die neuen Gläubiger der Bestimmung des vierten Absatzes hinsichtlich der vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen unterworfen; denn hinsichtlich dieser hatte der Konkursverwalter dies Anfechtungsrecht in vollem Umfange auszuüben. Daß den neuen Gläubigern während der Dauer des Konkursverfahrens die Anfechtung der vorher erfolgten Rechtshandlungen völlig entzogen ist, versteht sich von selbst, da das Veräußerte und Zurückzugewährende zur Konkursmasse gehören würde, an welcher sie nicht Theil nehmen."

---

§. 14.

Dieses Gesetz tritt im ganzen Umfange des Reichs[a]) gleichzeitig mit der Konkursordnung in Kraft[b]).

Dasselbe findet auch auf die vor diesem Zeitpunkte vorgenommenen Rechtshandlungen Anwendung[c]), sofern sie nicht nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen sind[d]).

Ist der Anfechtungsanspruch zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes rechtshängig, so bleiben für die Entscheidung des Rechtsstreits die Vorschriften der bisherigen Gesetze maßgebend[e]).

Der vorstehende Paragraph normirt die räumliche und die zeitliche Anwendbarkeit des Reichsgesetzes. Was die letztere betrifft, so

---

18) Denn wenn ihnen dieses Recht nicht selbständig und unabhängig vom Konkursverwalter zustände, würde es, da der Verwalter gerade das entgegengesetzte Interesse hat, illusorisch sein. Vgl. Hartmann, S. 107.

19) Soweit ihre abgesonderte Befriedigung nicht in Frage steht und dieser kein Abbruch geschieht, kann der Verwalter im Interesse der übrigen Gläubiger das Anfechtungsrecht gleichfalls ausüben. Jäckel, S. 197 u. 198.

werden zwei Voraussetzungen gefordert; die Anfechtung muß nach dem 1. Oktober 1879 rechtshängig geworden, und es muß die angefochtene Rechtshandlung, wenn sie vor diesem Zeitpunkte vorgenommen wurde, nicht etwa nach dem bisherigen Rechte milder zu behandeln sein, als nach dem neuen.

Was die räumliche Anwendbarkeit anbelangt, so ist hierüber Folgendes zu bemerken: Das Gesetz behandelt die Anfechtung von Rechtshandlungen; wenn nun dasselbe im „Umfange des Reichs“ in Kraft tritt, so läßt sich fragen, für welches von beiden tritt sie ein: für die Anfechtung oder für die Rechtshandlung? das heißt: wird das Gesetz angewendet, so oft die Anfechtung im Deutschen Reiche geltend gemacht wird, oder so oft eine Rechtshandlung angefochten wird, welche im Deutschen Reiche vorgenommen wurde? Anders ausgedrückt: entscheidet über die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung das Gesetz am Wohnsitze des Anfechtungsbeklagten oder das Gesetz am Orte der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung, oder aber das Gesetz am Wohnsitze des Schuldners, welcher die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen hat, oder endlich das Gesetz des Ortes, an welchem das anfechtbare Geschäft zu erfüllen war. Also z. B. Kaufmann A in Livorno stellt dem Bankier B in Lindau einen in München zahlbaren Wechsel aus, der in Protest geht, worauf B gegen A in München klagt und ein vollstreckbares Urtheil erwirkt. Inzwischen ist A mit seinem Schwager C, welcher in Zürich wohnt, in Nizza zusammengetroffen und hat dort vor einem Notar demselben seine Villa am Starnbergersee zum Geschenke gemacht. Gesetzt nun, in Italien, in der Schweiz und in Frankreich wäre dieses Geschenk Seitens der Gläubiger außerhalb eines Konkurses unanfechtbar; kann sich darauf C, welchen B in foro rei sitae belangt, berufen, oder unterliegt er dem Deutschen Anfechtungsgesetze? Ich bin entschieden der letzteren Ansicht. Man führt dagegen an[1]): das Anfechtungsrecht beruhe, wenn auch nicht auf einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Schuldners, so doch ganz wesentlich auf einer persönlichen Gebundenheit desselben oder vielmehr seines Vermögens zu Gunsten seiner Gläubiger. Für diese Gebundenheit sei aber der Wohnsitz des Schuldners als der Ort, an dem sein Vermögen als Ganzes seinen Sitz habe, bestimmend. Eine andere Ansicht[2]) glaubt von der „deliktischen Natur“ der Anfechtungshandlung aus den Ort, wo die der Anfechtung

---

1) Cosack, S. 105.

2) Franke, Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 496 ff. (welcher aber für den bösgläubigen Erwerber lediglich den Wohnort des Schuldners für maßgebend erklärt). Otto, S. 200 ff. (welcher für die Fälle des §. 3 Ziff. 3 u. 4 das Recht des Erfüllungsortes als anzuwendend bezeichnet). Walch im Archiv für civ. Praxis Bd. 60 S. 358 ff.

unterzogene Rechtshandlung vorgenommen wurde, als entscheidend ansehen zu dürfen.

Allein wenn erwogen wird, daß die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes (nach den Grundsätzen des gegenwärtigen Gesetzes) Nichts ist, als die Hinwegräumung des der Zwangsvollstreckung entgegenstehenden Hindernisses, daß nicht die Handlung des Schuldners oder des Anfechtungsbeklagten die Ursache der Anfechtungs-Gestattung ist, sondern die Beeinträchtigung des Befriedigungsrechtes des Gläubigers, daß es also nur darauf ankommen kann, wie weit dieses Recht geht, und diese Frage lediglich nach dem Rechte des Ortes beurtheilt werden darf, wo es zur Geltung kommen soll, so wird die oben ausgesprochene Ansicht als die richtige anzuerkennen sein[3]).

a. (im ganzen Umfange des Reiches).

Demnach nicht blos in Deutschland selbst (einschließlich Elsaß-Lothringen), sondern auch überall da, wo deutsches Territorium fingirt wird; also z. B. wenn der Fall vorkommen sollte, auf den Kriegsschiffen Seiner Majestät, ferner da wo deutsche Gerichtsbarkeit durch Konsuln oder andere Beamte ausgeübt wird u. s. w.

b. (gleichzeitig mit der Konkursordnung).

Das Inkrafttreten der Konkursordnung war in §. 1 des Einführungsgesetzes (vgl. oben S. 59) seinerseits wieder an das Inkrafttreten des Gerichtsverfassungsgesetzes geknüpft. Dieses letztere nun erfolgte am 1. Oktober 1879; mit dem gleichen Tage hat demnach auch das vorstehende Gesetz seine Wirksamkeit erlangt.

c. (dasselbe findet — Anwendung).

Der zweite Absatz des §. 14 scheint dem Gesetze eine rückwirkende Kraft einzuräumen. Indessen ist dies doch nur scheinbar und der Grundsatz, daß neue gesetzliche Vorschriften nur für die Zukunft wirksam werden können, ist keineswegs verletzt[4]). Die Motive sagen Folgendes:

3) v. Wilmowski, S. 127 scheint mir von demselben Gedanken auszugehen, nur behauptet er, das gegen das Gesammtvermögen des Schuldners gerichtete Befriedigungsrecht der Gläubiger habe seinen Sitz am Wohnsitze des Schuldners (ebenso Hartmann, S. 13); da aber hinwiederum der Empfänger das Recht habe, die Rechtmäßigkeit seines Erwerbes nach dem Rechte des Erwerbes beurtheilt zu wissen, so müsse, wenn das örtliche Recht dieses letzteren die Anfechtbarkeit ausschließe, die Anfechtung ausgeschlossen bleiben. Korn, S. 205 nimmt an, das Reichsgesetz behandle die Frage nicht, daher müsse dieselbe nach Landesrecht über Kollision der Statuten entschieden werden.

4) Anderer Ansicht Hartmann, S. 108: „Das Gesetz statuirt für sich rückwirkende Kraft“.

„Der Absatz 2 entspricht der Bestimmung in §. 9 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung. Er läßt hinsichtlich der vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vorgenommenen Rechtshandlungen das Anfechtungsrecht sich nach den bisherigen Gesetzen begrenzen, soweit nach ihnen die Grenzen enger sind, als nach dem neuen Gesetze, dagegen nach letzterem, soweit die bisherigen Gesetze in weiterem Umfange die Anfechtung gestatten würden. Von der letzteren Regel macht der dritte Absatz eine Ausnahme für den Fall, daß der Anfechtungsanspruch bereits rechtshängig ist. Die Ausnahme rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß der Anfechtungsgegner es sonst in der Hand haben würde, einen nach dem bisherigen Rechte begründeten Anfechtungsanspruch durch Verzögerung des anhängigen Prozesses bis zum Zeitpunkte der Gesetzeskraft des Entwurfes hinaus zu vereiteln. Andererseits werden die Gläubiger, deren Anfechtungsbefugniß mit diesem Zeitpunkte nach der Vorschrift des Absatzes 2 fortfallen oder beschränkt werden würde, über eine Verletzung erworbener Rechte sich nicht beklagen können, da es ihnen freisteht, den Anfechtungsanspruch noch vorher rechtshängig zu machen."

Hieraus ergiebt sich, daß das Gesetz das materielle Anfechtungsrecht des neuerlassenen Gesetzes nicht auf die früheren Rechtsverhältnisse anwendet[5]), daß es vielmehr nur wenn auch nach früherem Rechte die Anfechtung überhaupt und in dem gleichen oder in noch weiterem Umfange begründet ist, deren Geltendmachung, also die Ausübung derselben nach dem neuen Gesetze anordnet und da diese bereits unter der Herrschaft des neuen Gesetzes vor sich geht, liegt darin keine Rückwirkung des Gesetzes. Der Richter wendet übrigens an und für sich auf das vor ihn Gebrachte das zur Zeit geltende Recht an. Beansprucht Jemand hievon eine Ausnahme, so hat er den Richter in den Stand zu setzen, diese Ausnahme als gerechtfertigt erkennen zu können. Wenn also der Anfechtungsgegner behauptet, die in Streit gezogene Rechtshandlung sei nach früherem Rechte der Anfechtung entzogen oder dieser nur in geringerem Maße, als der Anfechtungskläger verlangt, unterworfen gewesen, so hat er hiefür die nöthige richterliche Ueberzeugung zu erwirken[6]), wobei natürlich von ihm nur die

---

5) „Wenn am 1. Oktober 1879 die einjährige Verjährungsfrist der Paulianischen Klage noch nicht abgelaufen war, so war die Einrede der Verjährung auch noch nicht erworben". RG.-Erk. in Note 6.

6) Ebenso Hartmann, S. 109. v. Wilmowski, S. 531, nur daß hier die Rückwirkung des Gesetzes als Regel, die Nichtrückwirkung als Ausnahme erklärt wird, während umgekehrt die Anwendung des Gesetzes die Regel bildet, vgl. Cosack, S. 104. Ein reichsgerichtliches Urtheil vom 1. März 1881 (Entscheid. Bd. IV S. 35) sagt: „Die rückwirkende

thatsächlichen Momente zu erweisen sind, nachdem das frühere Recht selbst dem Richter bekannt sein muß.

d. (sofern sie nicht — der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen sind).

Die wichtigste Ausnahme betrifft die Grundschulden nach Preußischem Rechte. Vermöge §. 40 des Gesetzes v. 5. Mai 1872 können Grundschulden nur von solchen Gläubigern angefochten werden, welche gleichfalls im Buche und zwar auf Grund einer Zwangsvollstreckung eingetragen sind. Solche Rechtsgeschäfte also, durch welche eine Grundschuld vor dem 1. Oktober 1879 konstituirt ist, unterliegen, soferne die Grundschuld auch wirklich eingetragen wurde, den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes nicht. Ein ähnliches Verhältniß waltet ob in Betreff der von einem Dritten in gutem Glauben erworbenen Hypotheken nach Bayerischem Rechte. Hatte dieser Erwerb vor dem 1. Oktober 1879 stattgefunden, so ist der gutgläubige Erwerber dem §. 7 des gegenwärtigen Gesetzes nicht unterworfen.

Unter dem geringeren Umfange wäre auch zu subsumiren, wenn in dem bisherigen Landesgesetze die Fristen zur Geltendmachung des Anfechtungsrechtes kürzere wären, als nach dem gegenwärtigen Gesetze[7]).

e. (Ist der Anfechtungsanspruch — rechtshängig —, so bleiben — die bisherigen Gesetze maßgebend).

Diese Bestimmung bedarf wohl wegen ihrer transitorischen Natur keiner besonders ausführlichen Erörterung, da hoffentlich kein Prozeß aus der Zeit vor dem 1. Oktober 1879 mehr schwebt. „Rechtshängig" ist übrigens der Rechtsstreit an diesem Tage nicht unter derselben Voraussetzung gewesen, wie sie oben bei §§. 3 u. 4 erörtert worden sind; denn nachdem die Reichs-Civilprozeßordnung erst an demselben Tage in das Leben getreten ist, wie das gegenwärtige Gesetz, so ist die Frage, ob der Anspruch an diesen Einführungsterminen schon rechtshängig war, nicht nach den Bestimmungen der genannten Civilprozeßordnung, sondern nach den bisherigen Prozeßrechten bezw. nach den Ausführungsgesetzen zur CivPO.[8]) zu entscheiden. Uebereinstimmend nach Preußischem, Bayerischem[9]), Sächsischem,

---

Kraft des Reichsgesetzes bezieht sich nach Geist und Wortlaut des §. 14 ausschließlich auf erworbene Rechte; die neuen Vorschriften sollen nicht zur Anwendung kommen, wenn und soweit der Anfechtungsgegner nach den zur Zeit des Erwerbes geltenden Gesetzen unanfechtbar erworben hat. Dies gilt auch für die zeitliche Ausdehnung der Anfechtungsklage.

7) Ebenso Jäckel, S. 15. Vgl. auch das Erk. des RG. v. 16. Januar 1884 in den Entscheid. Bd. XII S. 139.

8) Einf.-Ges. z. CivPO. §. 18. Seuffert S. 1010.

9) Ausf.-Ges. z. CivPO. Art. 226. Bayer. Proz.-Ord. Art. 179.

Württembergischen Prozeßrecht und nach dem Code de procédure ist der Rechtsstreit am 1. Oktober 1879 rechtshängig gewesen, wenn vor diesem Tage die Klage erhoben war, d. h. die Klage dem Anfechtungsbeklagten bezw. dem Bevollmächtigten desselben zugestellt war —, nicht genügend wäre es, wenn die Klage nur bei Gericht eingereicht oder dortselbst zu Protokoll gegeben worden wäre, oder, soferne die Anfechtung durch Widerklage oder Einrede geltend gemacht wird, wenn der Tag der Zustellung des die Widerklage oder Einrede enthaltenden Schriftsatzes an die Gegenpartei oder der Tag der mündlichen Verhandlung, in welcher die Geltendmachung der Widerklage oder Einrede vorgetragen worden ist, auf einen Tag vor dem Einführungstermin gefallen ist. Da ferner eine Streitsache in solange rechtshängig ist, bis über dieselbe durch Endurtheil — welches auch Theilurtheil sein kann — rechtskräftig entschieden[10]) oder die Klage in zulässiger und rechtswirksamer Weise zurückgenommen bezw. vom Streite abgestanden worden ist, so würden, wenn etwa die Anfechtung durch Klage auf Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurtheil abgeschlossenen Verfahrens geltend gemacht werden wollte, nicht mehr die bisherigen Gesetze, sondern die Bestimmungen der Reichscivilprozeßordnung über diese Materie maßgebend sein, weil die Streitsache nicht mehr rechtshängig ist. Dasselbe ist der Fall beim Abstand vom Prozesse, d. h. wenn der Kläger in zulässiger und rechtswirksamer Weise vom Prozesse absteht; es wird dadurch die Rechtshängigkeit aufgehoben[11]). Was die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens betrifft, so wird dadurch die Rechtshängigkeit und deren Wirkungen nicht berührt, es ist jedoch eine Erörterung hierüber überflüssig, da nicht denkbar ist, daß ein vor dem 1. Oktober 1879 unterbrochenes oder ausgesetztes Verfahren jetzt erst wieder aufgenommen werden sollte, denn einerseits sind der betreffenden interessirten Partei durch die Prozeßordnungen Mittel gegeben, die Wiederaufnahme des Verfahrens nach bestimmter Zeit zu veranlassen, auch gegen den Willen der anderen Partei, andererseits müßte angenommen werden, daß eine Partei, die von den Mitteln bis zur Zeit keinen Gebrauch gemacht hat, auf diese und überhaupt auf die Wiederaufnahme des Prozesses verzichte und in Folge davon die Rechtshängigkeit aufhöre.

Würde indeß ein Rechtsstreit an dem Einführungstermin rechtshängig gewesen sein, so würden die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben durch alle Instanzen bis zur rechtskräftigen Entscheidung in dieser Sache.

Soweit die bisherigen Gesetze in Kraft bleiben, kann natürlich auch dem Konkursverwalter nicht das Recht eingeräumt werden, nach Maßgabe

---

10) Ausnahmen in Partik.-Gesetzen beim Mahnverfahren.

11) Bayer. Proz.-Ord. Art. 496—498.

des §. 13 den begonnenen Rechtsstreit zu erweitern. Daß dagegen auf solche bereits rechtshängige Prozesse überhaupt der §. 13 nicht anwendbar sein soll[12], kann ich nicht zugeben. Denn unterbrochen werden dieselben jedenfalls durch den nach dem 1. Oktober 1879 eintretenden Konkurs des Schuldners, dessen Rechtshandlung angefochten wurde, und dann kann sie der Konkursverwalter auch nach Maßgabe der KO. aufnehmen, weil in solchen Konkursen nur ihm die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes zusteht.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Schloß Mainau, den 21. Juli 1879.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst v. Bismarck.

Dieser Schluß des Gesetzes ist der übliche verfassungsgemäße.

---

12) Wie Hartmann S. 96 und v. Wilmowski S. 568 annehmen.

Völderndorff und Waradein, Otto von, 1825-1899

Die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz und dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens Erläutert von Otto Frhn. v. Völderndorff. Separatabdruck aus der 'Gesetzgebung
Bd.: 3

Erlangen 1885